

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

LUIZA HELENA SCHLICHTING RIBAS

**SÚMULA VINCULANTE Nº 3: A INCIDÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA
DEFESA NA ANÁLISE DE ATOS DE PESSOAL**

CURITIBA

2017

LUIZA HELENA SCHLICHTING RIBAS

**SÚMULA VINCULANTE Nº 3: A INCIDÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA
DEFESA NA ANÁLISE DE ATOS DE PESSOAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luis Kanayama.

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZA HELENA SCHLICHTING RIBAS

SÚMULA VINCULANTE Nº 3: A INCIDÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA ANÁLISE DE ATOS DE PESSOAL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Luis Kanayama

Profa. Dra. Ângela Cassia Costaldello

Prof. Dr. Flávio de Azambuja Berti

Curitiba, 09 de Novembro de 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar como se dá o processamento de análise de legalidade dos atos de pessoal, no âmbito do Tribunal de Contas da União, especialmente em relação as garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal. A atividade de fiscalização é inerente a atividade da instituição, vez que incumbida de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública. Uma das formas de fiscalização é exercida sobre os atos de pessoal, os quais devem obrigatoriamente ter a legalidade atestada pela Corte. A observância de contraditório e ampla defesa depende da posição que se adote quanto a natureza do ato em questão, sendo que ainda há controvérsia quanto a caracterização como ato administrativo composto ou complexo. A pesquisa parte da construção jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, buscando demonstrar o entendimento defendido pelo Supremo Tribunal Federal e o sentido de aplicação da Súmula Vinculante nº 3.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Controle externo. Atos de pessoal. Contraditório e ampla defesa. Súmula Vinculante nº 3.

ABSTRACT

The objective of this study is to understand how the analysis of legality of personnel acts is carried out, by the Court of Audit of the Union, especially in relation to the constitutional guarantees connected to the due process of law. The activity of inspection is inherent to the activity of the institution on the mission of assisting the Legislative Branch in the external control of the Public Administration. One of the forms of supervision is exercised over the acts about people who are part of the structure of Public Administration, which must have the legality certified by the Court. The observance of contradictory and ample defense depends on the position adopted as to the nature of the act in question, and there is still controversy regarding the characterization as a compound or complex administrative act. The research rely on jurisprudential and doctrinal construction on the subject, trying to demonstrate the understanding defended by the Federal Supreme Court and the sense of application of the Binding Precedent nº 3.

Keywords: Court of Audit. External control, personnel acts. Contradictory and ample defense. Binding Precedent nº 3.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. TRIBUNAIS DE CONTAS E FISCALIZAÇÃO DE ATOS DE PESSOAL	9
2.1 – FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MODELOS DE CONTROLE	9
2.2 – TRIBUNAL DE CONTAS BRASILEIRO E REGISTRO DE ATOS DE PESSOAL	17
2.3 – NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE PESSOAL	21
3. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	30
3.1 – PROCESSUALIDADE DA TOMADA DE DECISÕES	30
3.2 – OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	33
3.3 – A ANÁLISE DOS ATOS DE PESSOAL	41
4. SÚMULA VINCULANTE Nº 3	49
4.1 - FORMAÇÃO DO ENUNCIADO	49
4.1.1 – Mandado de Segurança nº 24.268/MG	50
4.1.2 – Mandado de Segurança nº 24.728/RJ	52
4.1.3 – Mandado de Segurança nº MS 24.754/DF	53
4.1.4 – Mandado de Segurança nº 24.742/DF	54
4.1.5 – Análise Conclusiva	56
4.2 – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.116/ DF E A MITIGAÇÃO DA SÚMULA	57
5 – CONCLUSÃO	65
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União teve a si atribuídas diversas competências referentes ao exercício de controle externo, revelando a necessidade de fiscalização da Administração Pública no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse momento, as atribuições de controladoria da Corte foram alargadas, especialmente no tocante ao inciso III do artigo 71 da Carta, qual seja, “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

Conforme a redação do dispositivo, sempre que a Administração Pública Federal (e por força do princípio da simetria federativa, bem como artigo 75 da Constituição de 1988 também a Administração Estadual e Municipal) realizar admissão de pessoal ou conceder benefícios de aposentadoria, pensão ou reforma a servidor integrante de seu quadro ou a seus dependentes, deverá o Tribunal de Contas da União cancelar a legalidade do ato a fim de operar o devido registro.

A análise de legalidade realizada pela Corte de Contas não consiste em processo propriamente dito, mas em aperfeiçoamento do ato. Isso porquê, conforme será exposto, a jurisprudência do TCU e também do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os atos de pessoal caracterizam o que a teoria administrativista chama de atos administrativos complexos.

Uma vez adotada a premissa de que o registro no Tribunal de Contas da União consiste apenas em etapa necessária para o aperfeiçoamento do ato, seria possível então adotar também a relativização do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa no âmbito de análise destes atos.

Vale dizer, mesmo que o servidor ou beneficiário do ato seja diretamente afetado pela decisão, não há necessidade de ser chamado a participar da formação do *decisium*, visto que o ato de concessão é, até o registro na Corte, provisório. Uma vez que o direito ainda não tenha sido incorporado ao patrimônio do interessado, sustenta-se a tese de que não é cabível o exercício de contraditório e ampla defesa.

Neste contexto, muitos servidores eram (e são) surpreendidos pela cessação de pagamento de benefícios ou até mesmo pela exigência de retorno à atividade decorrente da negativa de registro dos atos, o que levava a diversos questionamentos acerca da ausência de participação destes no processo de análise.

Conforme informações do Relatório Anual de Atividades do Tribunal de Contas da União¹, de 2012 a 2016 foram apreciados como ilegais 7.540 atos, conforme tabela abaixo:

Atos de pessoal	2012	2013	2014*	2015*	2016**
Apreciados conclusivamente	105.691	101.436	105.035	83.007	80.997
a) Ilegais	1.830	1.655	1.352	805	1.898
b) Legais	103.861	99.781	92.775	69.268	59.406
c) Prejudicados por perda de objeto e por inépcia do ato	---	---	---	---	19.693

Outrossim, ante ao excesso de demandas relativas a inobservância de contraditório e ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 3, confirmando a desnecessidade de participação do interessado neste momento de formação do ato administrativo de pessoal.

No contexto apresentado, o presente trabalho buscará analisar o caráter dos processos desenvolvidos no Tribunal de Contas da União, especialmente no que tange aos atos de aposentadoria, reforma e pensão, bem como a natureza destes atos e a possibilidade de afastamento do contraditório e da ampla defesa.

O trabalho será realizado no sentido de compreender a formação do enunciado e como tem sido sua aplicação contemporânea.

¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades: 2016**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2017.

2. TRIBUNAIS DE CONTAS E FISCALIZAÇÃO DE ATOS DE PESSOAL

2.1 – FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MODELOS DE CONTROLE

A Administração Pública desempenha funções que geram efeitos extremamente significativos na vida em sociedade. É fundamental, portanto, acompanhar a realização das atividades estatais, sendo necessário implementar sistemas de controle dos atos administrativos para garantir a conformidade da atuação administrativa.

O presente estudo busca analisar de que forma é feito o controle de atos administrativos em matéria de pessoal no âmbito dos Tribunais de Contas, considerando-se este como órgão de controle da Administração Pública. Para tanto, antes de adentrar ao tema propriamente dito é essencial que sejam feitas algumas explanações a respeito do que vem a ser controle e como é classificado, a fim de possibilitar melhor compreensão acerca do tema.

O termo “controle” deve ser entendido como verificação de conformidade da atuação da Administração Pública aos preceitos normativos que regem tal agir, dos quais destacam-se os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência².

Assim, a observância de leis e princípios é inerente à atividade daqueles responsáveis pela Administração. Na concepção de Edmir Netto de ARAÚJO³, controle é o

[...] conjunto de mecanismos e atividades, jurídicos, jurisdicionais e administrativos, para o exercício da fiscalização e revisão que sobre ela exercem órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e do próprio Executivo, às vezes como faculdade de vigilância, orientação e correção, outras como poder-dever indisponível, objetivando a conformação da atuação do agente, órgão ou entidade à legalidade, conveniência, oportunidade, supremacia do interesse público e outros princípios que decorrem do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Irene Patrícia NOHARA⁴ leciona que o controle é inerente ao Estado de Direito e

² São esses, inclusive, os princípios regentes da Administração Pública, conforme caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988: “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito Administrativo**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1181.

⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 853- 854.

[...] significa o conjunto de mecanismos que permitem a vigilância, a orientação e a correção da atuação administrativa para que ela não se distancie das regras e princípios do ordenamento jurídico e dos interesses públicos que legitimam sua existência.

Esclarece a autora que vigilância se refere a fiscalização da atuação administrativa, a orientação visa o direcionamento ao preenchimento das atividades coletivas e, por fim, a correção é a revisão daquilo que divergir dos princípios e regras jurídicas ou do interesse público. O controle não é um fim em si mesmo, mas elemento indispensável de um sistema que visa apurar em tempo útil os desvios⁵.

A fiscalização sobre Administração Pública é alvo de diversas classificações elaboradas por parte da doutrina. Para a proposta deste trabalho, é importante tratar sobre três delas em especial, vez que possibilitam a melhor compreensão da sistemática do Tribunal de Contas brasileiro. A primeira trata da natureza dos órgãos controladores, a segunda se baseia na localização do controle e, por fim, a classificação em relação ao momento do exercício do controle.

A primeira classificação apresentada, relacionada a natureza dos órgãos controladores, trata de três formas de controle: judicial, administrativo e parlamentar. O controle judicial está intimamente ligado ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito” (art. 5º, XXXV da Constituição de 1988).

Este controle só pode ser exercido por órgãos do Judiciário, visando dizer o direito no caso concreto e solucionar conflitos entre particulares ou entre estes e o Estado. Assim, se observada alguma ilegalidade dentro da Administração, o caso poderá ser levado à apreciação judicial⁶.

Por sua vez, o controle administrativo consiste na possibilidade de a Administração Pública utilizar-se dos mecanismos de vigilância, orientação e correção

⁵ Conforme o art. 1º da Declaração de Lima, aprovada no IX Congresso de Intosai, ocorrido em 1977, “a instituição do controle é inerente à administração das finanças públicas, a qual constitui uma gestão fiduciária. O controle das finanças públicas não é um fim em si mas um elemento indispensável de um sistema regulador, que tem por fim assinalar em tempo útil os desvios relativos à norma ou o desrespeito dos princípios da conformidade com as leis, de eficiência e de economia da gestão financeira de modo a que se possa, em cada caso, tomar medidas corretivas, precisar a responsabilidade das partes em questão, obter a reparação ou tomar medidas para impedir, ou pelo menos tornar mais difícil, perpetrar atos desta natureza”.

⁶ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.151.

acima expostos para controlar a si mesma. Trata-se da autotutela administrativa, prevista no art. 53 da Lei n.º 9784/99⁷ e consagrada na Súmula Vinculante nº 346 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e também Súmula nº 473 da mesma Corte, a qual estabelece que:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, apreciação judicial.

A autotutela é decorrência do princípio da legalidade, possibilitando à Administração Pública que anule os atos ilegais ou revogue os inconvenientes ou inoportunos, independente de recurso ao Poder Judiciário⁸.

Por fim, o controle parlamentar é exercido pelo Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo. Conforme o artigo 49, X da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Conforme se verá adiante, esta é a forma por excelência de exercício de controle externo e por isso é a que mais interessa ao presente trabalho. Em respeito ao princípio da independência entre os Poderes⁹, o controle em questão está submetido aos limites constitucionais pré-estabelecidos, sendo que o Congresso Nacional o exercerá com o auxílio Tribunal de Contas da União (artigo 71 da Constituição Federal).

Ademais, o controle parlamentar abarca tanto o controle político como também o financeiro. O primeiro trata da proteção da supremacia do interesse público e recai sobre a legalidade, conveniência e oportunidade dos atos do Executivo, ao passo que o controle financeiro refere-se a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, para o qual concorrem tanto os órgãos de exame interno quanto os de exame externo¹⁰.

⁷ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101

⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Op.cit, p. 853-854.

Analizada a classificação do controle no tocante a natureza dos órgãos controladores, passamos a classificação doutrinária referente à localização do controle.

Conforme visto, o controle administrativo (ou autotutela administrativa) é a primeira forma de fiscalização que pode incidir sobre um ato administrativo, dando à Administração a possibilidade de revogação dos próprios atos e decretação de nulidade quando viciados, por meio de manifestação unilateral de vontade¹¹.

No entanto, o controle realizado pelo próprio agente que praticou o ato não é suficiente, devendo haver em complementação controle realizado por agentes diversos. Já expusemos a possibilidade de órgãos do Judiciário e do Legislativo atuarem nesse sentido, mas antes é necessário debruçar-se sobre outra forma de controle realizado dentro do âmbito da própria Administração, que não pelo agente que deu origem ao ato.

Assim, outra forma de fiscalização é o controle interno, exercido por órgão integrante da mesma estrutura do poder controlado e que tenha sido criado com essa finalidade específica. Trata-se da fiscalização que a Administração exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas¹².

Esta forma de controle visa acompanhar e corrigir possíveis falhas nas atividades administrativas¹³, não só dentro do Poder Executivo no exercício de funções típicas como também do Legislativo e Judiciário no exercício de funções atípicas. Edmir Netto de ARAÚJO¹⁴ destaca que o controle interno pode ser exercido de diversas formas, abrangendo

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.72.

¹² MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.53.

¹³ Conforme art. 2º, V da Instrução Normativa MP/CGU Nº 01/2016, considera-se “controles internos da gestão: conjunto de regras, procedimentos, diretrizes, protocolos, rotinas de sistemas informatizados, conferências e trâmites de documentos e informações, entre outros, operacionalizados de forma integrada pela direção e pelo corpo de servidores das organizações, destinados a enfrentar os riscos e fornecer segurança razoável de que, na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados: a) execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; b) cumprimento das obrigações de *accountability*; c) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e d) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e danos. O estabelecimento de controles internos no âmbito da gestão pública visa essencialmente aumentar a probabilidade de que os objetivos e metas estabelecidos sejam alcançados, de forma eficaz, eficiente, efetiva e econômica;”.

¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op.cit. p. 1183

[...] aquele exercido pela própria Administração, por seus órgãos, na relação de subordinação hierárquica, sobre seus próprios atos e agentes, ou por sistema de auditoria que acompanha as atividades, principalmente da legalidade da despesa pública. É exercido não só pelo Poder Executivo em relação a seus órgãos, como também pelo Legislativo e Judiciário, em relação a suas próprias estruturas administrativas (autotutela), e que nos termos do art. 74 e §1º, da Constituição Federal, deverá ser efetuado de forma integrada entre os três Poderes. Também significa o controle tutelar transcendente do Executivo, nos estritos termos da lei, sobre as entidades criadas pelo Estado e que integram cada Administração Indireta ou descentralizada, pois embora exterior à entidade sob controle, é interno em relação ao Poder Executivo do qual descende a entidade. Além disso também abrange o controle hierárquico interno exercido dentro da própria entidade descentralizada, por ela em relação a seus órgãos e agentes

O artigo 74 da Constituição Federal abarca as atribuições dos sistemas de controle interno, bem como determina que não só o Executivo, mas também Legislativo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento de metas do plano plurianual e a execução de programas de governo e orçamento da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, em termos de eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, exercer controle sobre as operações de crédito, avais e garantia, assim como dos direitos e haveres da União e também apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

No entanto, a complexidade técnica do aparelho estatal e das questões referentes a fiscalização sobre a Administração Pública demonstram a insuficiência da autotutela e do controle interno, de forma que há também a necessidade de fiscalização exercida por órgãos totalmente estranhos à estrutura administrativa.

A este controle se denomina externo, o qual pode ser realizado por qualquer órgão que não faça parte da estrutura do poder objeto do controle. Desta forma, por um lado o Judiciário não pode deixar de apreciar casos de ameaça ou violação de direitos a ele submetidos e, de outro, cumpre ao Legislativo fiscalizar o Executivo, devendo serem igualmente observadas as normas constitucionais definidoras de circunstâncias e limites para tanto¹⁵.

Esta forma de controladoria se legitima pela Teoria da Separação de Poderes, especialmente por meio do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), na medida em que proporciona o inter-relacionamento entre as atividades

¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Op.cit, p. 853-854.

desenvolvidas pelos órgãos especializados em matéria de controle, voltado a melhor eficiência do Estado¹⁶.

Ademais, sobre o controle externo cumpre ressaltar que os recursos necessários ao custeio da máquina administrativa estatal pertencem, em última análise, ao povo, pois é o povo quem efetivamente financia e dá condições de existência ao aparelhamento do Estado.

A Constituição Federal desde logo preconiza que “todo poder emana do povo” (artigo 1º, parágrafo único), o qual o exercerá inclusive no tocante a gestão de recursos. Assim, os gestores, integrantes do Poder Executivo, são meros intermediários legalmente escolhidos para esta função de gestão da coisa pública.

Os gestores públicos, administradores de recursos e patrimônio de terceiros, terão sua ação controlada. Como o terceiro em questão (o povo) não pode exercer controle diretamente, o faz por meio de órgãos criados para essa finalidade. Outrossim, o Legislativo é o responsável pela realização da fiscalização externa da Administração Pública (artigo 70 da Constituição Federal).

No entanto, por ser formado de órgãos de composição eminentemente política, percebeu-se que o Legislativo sozinho não seria capaz de cumprir tal atribuição, sendo necessária a instituição de outro órgão auxiliar, de caráter técnico, que viabilize a efetiva aferição de conformidade da atuação do Poder Executivo¹⁷.

É este órgão que chamamos de Tribunal de Contas. Note-se que há grande preocupação no que se refere ao controle da Administração Pública, havendo diversas maneiras de realizá-lo.

Nesse sentido, é necessário compreender que não existe relação de hierarquia entre controle interno e externo. Ambos se relacionam e interagem entre si, visando o objetivo último de evitar e encontrar em tempo útil desvios atinentes à atividade de gestão pública.

A delimitação daquilo que compete ao controle interno e ao controle externo não acarreta em atuação apartada dos órgãos de controle. Em verdade, os órgãos de controladoria interna são objeto de avaliação por parte do Tribunal de Contas e

¹⁶ OLIVEIRA, Pedro Ivo Melo de. **Controle Interno da Administrativo Pública Instrumento de Proteção ao Erário**. 2011. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 36

¹⁷ AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 15.

também colaboradores deste, vez que é seu dever comunicar à Corte de Contas qualquer constatação de irregularidade¹⁸.

Destaca Odete MEDAUAR¹⁹ que se interessa à própria Administração saber de que forma estão sendo realizados os gastos públicos, igualmente relevante é a fiscalização efetuada por Poderes e entidades estranhos à sua estrutura. A autora aponta também que

Segundo afirmações da doutrina, o controle financeiro externo da Administração caberia, em tese, ao Poder Legislativo [...]. Comum é a invocação das dificuldades que enfrentaria o Legislativo, às voltas com tarefas políticas, de cumprir adequadamente a função de controle financeiro, pelo caráter técnico e complexidade crescentes de que se reveste. Atribui-se, então, a tarefa a entidades denominadas Tribunais de Contas [...]

Do exposto, resta evidente que de acordo com a primeira classificação apresentada, voltada a identificação dos órgãos controladores, o Tribunal de Contas integra o controle parlamentar, na medida em que está imbuído de auxiliar o Poder Legislativo nesta atividade. Observada a segunda classificação, o Tribunal de Contas está localizado dentre os órgãos de controle externo, justamente pela função de assistência ao Legislativo, precisamente no tocante às questões técnicas.

Cumpra alertar, no entanto, que a função de auxílio não é a única exercida pela Corte de Contas. Em verdade, como se verá neste trabalho, os dispositivos constitucionais atribuem competências próprias a este órgão e também várias outras tem sido estabelecidas por leis específicas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal²⁰ e a Lei de Licitações e Contratos²¹.

¹⁸ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. Op.cit. p. 133.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. Op. Cit. p. 123.

²⁰ Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a [...].

Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

²¹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. § 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou

Por fim, quanto ao momento do exercício do controle, este pode ser prévio, concomitante ou posterior. A respeito do tema, cite-se entendimento de Milton Mendes BOTELHO²²:

Prévio ou preventivo é o controle que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua eficácia, exercido a partir da projeção dos dados reais e pela comparação dos resultados prováveis com aqueles que se pretende alcançar.

Concomitante ou sucessivo é aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação; é o controle no momento do ato ou do fato, evitando o cometimento de falhas, desvios ou fraudes.

Subsequente ou corretivo é que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando corrigir eventuais defeitos, declarar a sua nulidade ou dar-lhe eficácia

Controle prévio é aquele que antecede a realização dos atos administrativos, em atuação preventiva que visa impedir que eventualmente sejam realizados atos ilegais ou contrários ao interesse público. Concomitante é aquele que acompanha a realização do ato, exercido no momento deste, evitando possíveis falhas, desvios ou fraudes. Por sua vez, o controle posterior é realizado após a execução dos atos visando corrigir eventuais defeitos, declarar a sua nulidade ou dar-lhe eficácia. Consiste em efetivamente reexaminar os atos administrativos²³.

A classificação quanto ao momento em que o controle é exercido se mostra relevante tendo em vista que a sistemática brasileira de controle, especialmente aquele realizado pelo Tribunal de Contas, sempre adotou majoritariamente uma ou outra espécie.

Conforme destaca NAGEL²⁴, muito embora em algumas circunstâncias o controle seja exercido concomitantemente por meio de auditorias, inspeções e acompanhamentos por exemplo, e até mesmo previamente, como ocorre no exame de editais de licitações públicas, atualmente o sistema adotado pelo Brasil é o de controle *a posteriori*.

Isso porquê, conforme se verá no tópico subsequente, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Tribunal de Contas a fiscalização contábil, financeira, orçamentária,

entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

²² BOTELHO, Milton Mendes. **Manual de controle interno: teoria & prática**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 27.

²³ OLIVEIRA, Pedro Ivo de. Op.cit. p. 33.

²⁴ NAGEL, José. O controle, a estrutura e o funcionamento do TCU. **Revista do TCU**, Brasília, DF, v. 31, nº 83. Jan/mar 2000, p. 231.

não cabendo a ele interferir nos critérios de conveniência e oportunidade da Administração na prática de ato administrativo.

Outrossim, a Carta constitucional estabelece o controle posterior como preponderante visando resguardar a separação dos poderes e impedir que o órgão de fiscalização interfira no mérito do ato administrativo praticado.

2.2 – TRIBUNAL DE CONTAS BRASILEIRO E REGISTRO DE ATOS DE PESSOAL

Uma vez que localizado o Tribunal de Contas dentro da teoria do controle da Administração Pública, importa entender, ainda que em linhas gerais e no que é relevante ao presente trabalho, de que forma se estruturou o modelo de Corte de Contas brasileiro no tocante a fiscalização exercida sobre atos de pessoal.

A Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 já estabelecia o direito de verificar a necessidade e emprego das verbas públicas (art. 14) e o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (art. 15)²⁵. No entanto, é com a conformação dos Estados Modernos que o controle passa a ser executado de forma sistemática e técnica, com a instituição de órgãos especializados²⁶.

É a partir do século XIX que começam a surgir no mundo as primeiras Cortes responsáveis por resguardar a destinação dos recursos públicos. Neste momento, com a Proclamação da República, surge a primeira Corte de Contas do país. Ainda que durante o período colonial tenha existido um Erário Régio, e a despeito dos diversos projetos datados do período do Império²⁷, foi durante o Governo Provisório que se criou o primeiro órgão brasileiro efetivamente destinado à realização de controle externo.

²⁵ É a redação dos dispositivos:

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

²⁶ COSTA, Luiz Bernardo Dias Costas. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba. 2005. p. 16.

²⁷ Conforme Verbete da FGV: “Já na época colonial – 1680 – foram criados os primeiros órgãos controladores (...). Em 1808, na administração do príncipe regente João, instalou-se o Erário Régio e criou-se o Conselho da Fazenda, objetivando acompanhar a execução da despesa pública.

Com a Independência e a Constituição de 1824, o Erário Régio transformou-se no Tesouro, prevendo-se, a partir daí, os primeiros orçamentos e balanços gerais. Todavia, somente a queda do Império e as reformas político-administrativas da recém-instalada República tornaram tal projeto realidade. Disponível em <<http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/TRIBUNAL%20DE%20CONTAS.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017

Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, foi quem elaborou o Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, por meio do qual estabeleceram-se as normas acerca do que viria a ser o primeiro Tribunal de Contas brasileiro. Reconhecendo o falho sistema de contabilidade orçamentária, lê-se na exposição de motivos da normativa:

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Consoante artigo 1º do Decreto, “é instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República”.

Esta foi, de fato, a primeira normativa a respeito de um Tribunal de Contas no Brasil. No entanto, foi com a constitucionalização do instituto operada pela Carta de 1891 e a consequente edição do Regulamento n.º 1166 de 17 de dezembro de 1892 que a Corte foi efetivamente criada.

A partir de então, ressalvado o diferente tratamento que cada uma deu ao órgão, todas as Constituições brasileiras continham previsões a respeito da manutenção e funcionamento do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, destaca-se que foi apenas na Carta de 1946 que surgiu previsão expressa a respeito da manifestação sobre os atos de pessoal. Dentre as competências listadas no art. 77, está posto no inciso III que a Corte era responsável por “julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões”.

Nesta Carta o Tribunal passou a ser regulado na seção que trata do Poder Legislativo. Consoante o art. 22, “a administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas”. O Poder Legislativo deveria, inclusive, estabelecer se determinado ato estaria submetido a registro prévio ou posterior²⁸.

A Constituição de 1967, nascida no período ditatorial brasileiro e ratificada pela Emenda n.º 1/69 foi a primeira a distinguir entre controle externo e interno (ainda

²⁸ Art. 77. § 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

que este só fosse previsto no âmbito do Poder Executivo), estabelecendo no §1º do artigo 71 que “o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas” e compreenderia “a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções financeiras e orçamentárias e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”.

Se por um lado avançou no sentido do estabelecimento das formas de controle interno e externo, de outro a Carta de 1967 operou verdadeiro retrocesso em matéria de fiscalização. Da redação do §4º do artigo 72²⁹ é possível perceber o abandono da sistemática de registro prévio de atos da administração, inclinando-se ao controle posterior³⁰.

Em relação à matéria de pessoal, a Constituição de 1967 vai no mesmo sentido de sua antecessora, estabelecendo que “o Tribunal de Contas julgará a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independendo de sua decisão as melhorias posteriores” (artigo 73, §8º). Ainda, se verificada ilegalidade na despesa com estes atos, deveria o Tribunal dar prazo razoável para que a Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, caso a determinação não fosse atendida, poderia sustar a execução do ato (artigo 73, §5º).

Finalmente, oriunda do período de redemocratização do país, a Constituição de 1988 redesenhou o Tribunal de Contas. Está incluído no capítulo que trata do Poder Legislativo, na seção “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, sendo possível extrair do conjunto de dispositivos ali presentes que o legislador constituinte optou por manter a divisão entre controle interno e externo e a tendência ao controle posterior já presente na Carta anterior.

Da mesma forma, optou-se por manter o Poder Legislativo como imbuído da atividade de fiscalização do Executivo, auxiliado pela Corte de Contas nesta função. Conforme a *caput* do artigo 71, “o controle externo, a Cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”. Outrossim, o próprio

²⁹ Art. 72. §4º No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.

³⁰ COSTA, Antonio França da. Op. Cit. p. 72.

texto constitucional indica que a Corte de Contas pátria não é subordinada ao Congresso Nacional, mas consiste em órgão constitucional autônomo³¹.

O artigo 70 da Carta estabelece as atribuições do controle externo e interno, a saber:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Cumprir observar que o dispositivo transcrito trata de cinco modalidades de fiscalização nos atos de gestão, no que se refere a observância dos preceitos normativos correspondentes (legalidade) e dos valores sociais envolvidos (legitimidade), bem como no que tange a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade (economicidade)³².

A fiscalização financeira visa o controle da arrecadação das receitas realização das despesas, ao passo que a fiscalização contábil cuidará dos livros e documentos de escrituração dos órgãos públicos. A fiscalização orçamentária engloba a execução do orçamento, a fiscalização patrimonial abarca a gerência acerca dos bens integrantes do patrimônio público e, por fim, a fiscalização operacional – inovação da Carta de 1988 – permite o controle sobre as formas de arrecadação ou liberação de verbas³³.

Conforme o parágrafo único do dispositivo acima colacionado, se submete a esta fiscalização “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

³¹ LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo. Método, 2015. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/296662344/Controle-Externo-6%C2%AA-Ed-2015-Luiz-Henrique>>. Acesso em: 24 ago. 17.

³² Idem.

³³ MEDAUAR, Odete. Op. Cit. p.139-140.

Ainda, se estabelece nesta seção a manutenção dos Tribunais de Contas em âmbito estadual³⁴ e também municipal³⁵, desde que observadas no que couber as normas constitucionais que tratem do TCU (artigo 75).

Por fim, os incisos do artigo 71 trazem as atribuições do Tribunal de Contas de Contas e a partir da leitura dos dispositivos nota-se a inexistência de registro prévio da despesa e a inclinação ao controle posterior.

Dentre as atribuições ali listadas, nos compete analisar mais a fundo o tratamento dado à apreciação dos atos de pessoal. Compete ao Tribunal:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

A redação do dispositivo apresenta mudança pontual, mas extremamente relevante em relação à análise de atos de pessoal outrora realizada sob a égide das Constituições de 1946 e 1967. Note-se que apesar de mantida a apreciação acerca da legalidade destes atos, na nova sistemática constitucional não há menção a possibilidade de sustação, mas sim da dependência de registro na Corte de Contas.

Outrossim, do artigo 71, III da Carta Constitucional é possível concluir que cabe ao TCU apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, inclusive as temporárias, que reger-se-ão por concurso público, das concessões de aposentadoria, bem como reformas e pensões civis e militares. Estão excluídas as nomeações para cargo de provimento em comissão e as possíveis melhorias posteriores das aposentadorias, reformas e pensões que tiverem fundamento legal igual ao do ato concessório. Ainda, o dispositivo alcança não só servidores públicos civis e militares como também seus beneficiários³⁶.

2.3 – NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE PESSOAL

³⁴ Conforme o parágrafo único do dispositivo, “As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

³⁵ Ressalva-se que a Constituição Federal vigente veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, sendo mantidos apenas os Tribunais de Contas Municipais de São Paulo e Rio de Janeiro, criados antes da promulgação da Carta.

³⁶ LIMA, Luiz Henrique. Op.cit.

Visto que o Tribunal de Contas consiste em órgão de controle externo ao qual são atribuídas diversas competências, bem como situando-o na sistemática constitucional atual quanto a análise dos atos de pessoal, a última consideração preliminar a ser feita para compreensão do tema estudado neste trabalho é acerca da natureza jurídica dos atos de pessoal.

Antes de prosseguir, é importante destacar que os atos de pessoal são, em última análise, atos administrativos. A ocorrência destes atos apenas se tornou possível com a submissão do Executivo à lei, a partir do Estado de Direito e a ideia de sujeição ao direito advinda do princípio da legalidade.

Neste momento, a Administração que antes atuava por operações materiais imediatas à vontade pessoal do governante passa, então, a atuar por meio de decisões que devem ser afirmadas por manifestação anterior ao resultado concreto, de acordo com parâmetros previamente fixados, visando assegurar o respeito aos direitos dos particulares³⁷.

Diversas são as definições apresentadas pela doutrina do que vem a ser “ato administrativo”. Para CRETELLA JÚNIOR³⁸, ato administrativo é a

[...] manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas.

Hely Lopes MEIRELLES³⁹ o define como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Por fim, merece destaque ainda a definição apresentada por Marçal JUSTEN FILHO⁴⁰, para quem o “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.

³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 168-169.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 124-125.

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 124-125.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. p. 367.

Note-se que há três elementos comuns nas definições apresentadas: 1) a manifestação de vontade do Administrador Público; 2) o fato de que tal manifestação deve ocorrer, imperativamente, no exercício de função administrativa e; 3) deve ser destinada a produção de efeitos jurídicos na esfera de direitos dos particulares ou sobre si próprio, os quais só operarão se o ato ocorrer em conformidade com a lei. Estaremos diante de um ato administrativo quando observada a ocorrência conjunta destas três características.

Em consonância com o que se afirmou no início da explanação, os atos de pessoal preenchem todas as categorias essenciais ao instituto do ato administrativo. Há manifestação de vontade, voltada a satisfação de interesse, que modificará a situação jurídica do ou dos sujeitos por ele afetados e cuja análise de legalidade será chancelada pelo Tribunal de Contas.

A doutrina administrativista elaborou diversas classificações acerca dos atos administrativos. Apesar da nomenclatura utilizada⁴¹, para o tema que se pretende estudar no presente trabalho, é necessário analisar a classificação referente à sua formação.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO destaca que quanto à formação da vontade os atos administrativos podem ser simples, complexos e compostos. Os atos simples são aqueles decorrentes da declaração de um único órgão, colegiado ou singular. Por sua vez, os atos complexos resultam da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos, singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um único ato, havendo identidade de conteúdo e de fins. Por fim, os atos compostos são os que resultam da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos, sendo que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal⁴².

Ao analisar o tema, Irene Patrícia NOHARA aponta a pequena diferença observada entre a classificação de DI PIETRO e LOPES MEIRELLES. Para este autor, o ato administrativo composto é formado pela vontade única de um órgão que deverá ser ratificada por outra autoridade superior para se tornar exequível, “caso em que a autorização é ato principal e o visto é complementar e lhe dá exequibilidade”⁴³.

⁴¹ Ao tratar do tema, diversas são as nomenclaturas utilizadas. A título de exemplo, Marçal Justen Filho fala sobre a “classificação dos atos administrativos quanto à estrutura subjetiva da competência”. Por sua vez, Odete Medauar utiliza o que chama de “critério do número de manifestações para a formação do ato”.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit. p. 267-268.

⁴³ NOHARA, Irene Patrícia. Op.cit. p. 189.

Já o ato administrativo complexo, de acordo com o jurista, consiste na conjugação de vontades de órgãos diferentes e independentes. Solucionando a controvérsia, conclui NOHARA que “o básico na conceituação do ato complexo é o elemento órgão”, tratando-se do resultado da integração de vontade de órgãos diferentes, do que surge a manifestação de uma só finalidade e conteúdo. Não se confunde com o ato composto, pois este “resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro para se tornar exequível”⁴⁴.

Da classificação exposta, é possível perceber que os atos de pessoal não são de forma alguma atos simples, vez que sua eficácia plena depende da análise de legalidade pelo Tribunal de Contas e o consequente registro. Há, portanto, na formação do ato de pessoal, mais de uma manifestação de vontade envolvida.

A classificação do ato de pessoal como ato composto ou complexo é alvo de divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Isso se deve ao fato de a classificação ser baseada em linha extremamente tênue, pois “enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele”⁴⁵.

A discussão acerca da natureza jurídica das aposentadorias e pensões ganhou destaque quando foi submetido à análise do Judiciário o prazo de decadência constante no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Vale dizer, a importância em discutir a natureza jurídica do ato de pessoal reside justamente no termo de início de contagem do prazo: se considerado ato complexo, a contagem se iniciaria apenas com o registro no Tribunal de Contas ao passo que, se considerado ato composto, a contagem seria a partir da concessão inicial, de forma que se transcorrido mais de cinco anos desde a publicação do ato, este não poderia mais ser afetado pela negativa de registro no TCU.

A respeito do tema, o próprio TCU editou a Súmula n.º 278, aduzindo que os atos de pessoal tem natureza jurídica complexa:

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Ibidem p. 268.

SÚMULA Nº 278 - Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

A orientação se deu em consonância com o entendimento já defendido e consolidado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RMS 3.881, Pleno, Rel. Min. Nelson Hungria, julgado em 22/11/1957⁴⁶, no sentido de considerar as aposentadorias e concessões como atos administrativos complexos. É o que tem se mantido até hoje, como observado nos julgados da Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. REGISTRO NO TCU. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. CONCLUSÃO PELA ILEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA COISA JULGADA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime jurídico referente à composição dos vencimentos de servidor público, podendo, destarte, a Corte de Contas da União concluir pela ilegalidade do ato de concessão de aposentadoria se a conclusão obtida, embora respeitando decisão judicial transitada em julgado, se fundamenta na alteração do substrato fático-jurídico em que proferido o decisum (tais como alteração do regime jurídico do vínculo ou reestruturação da carreira). 2. **É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o ato concessivo de aposentadoria, pensão ou reforma configura ato complexo, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com o registro perante a Corte de Contas, após submissão a juízo de legalidade. Assim, a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente se opera a partir da publicação do referido registro.** 3. Agravo regimental não provido. (grifo próprio)

(MS 26005 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a caminhar neste sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MILITAR INATIVO. LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA. CONTAGEM DO TEMPO EM DOBRO INEFICAZ PARA O INGRESSO NA RESERVA REMUNERADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ATO DA APOSENTADORIA.

1. A Corte Especial do STJ estabelece que, por se tratar a aposentadoria de ato administrativo complexo o prazo prescricional da pretensão de

⁴⁶ Conforme se lê no voto vencedor do Relator, “Ora, ‘julgar a legalidade’ não é apenas apreciar a regularidade formal do ato administrativo, como parece entender o acórdão recorrido: é julgar de todas as condições intrínsecas e extrínsecas da sua legalidade. Assim sendo, a decisão do Tribunal de Contas [...] não apenas dá executóriedade ao ato, como cria uma situação definitiva [...] o que se apresenta na espécie é um ato administrativo complexo [...]”.

converter em pecúnia a licença-prêmio não gozada tem início somente com o registro da aposentadoria no Tribunal de Contas. Precedentes.

2. Consoante a jurisprudência deste Tribunal Superior, é possível, para o servidor público aposentado, a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada ou não contada em dobro para a aposentadoria, sob pena de enriquecimento ilícito da administração pública.

3. A Segunda Turma, no julgamento do AgInt no REsp 1.570.813/PR, reafirmou esse entendimento, registrando a inexistência de locupletamento do militar no caso, porquanto, ao determinar a conversão em pecúnia do tempo de licença especial, o Tribunal de origem impôs a exclusão desse período no cálculo do adicional por tempo de serviço, bem como a compensação dos valores correspondentes já pagos.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (grifo próprio)

(REsp 1634035/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 09/08/2017)

No entanto, argumenta-se que todos os elementos de aperfeiçoamento dos atos de pessoal já estariam implementados pela própria Administração no momento de sua prática. A apreciação de legalidade realizada pelo Tribunal de Contas não pode ser considerada manifestação de vontade ou requisito de formação. Defende Rafael de Cás MAFFINI⁴⁷ que

[...] se ato administrativo complexo é aquele para cuja formação ou existência, apresentam-se necessárias várias vontades conjugadas, os atos administrativos dependentes de registro pelos Tribunais de Contas não podem ser considerados atos administrativos complexos. Isso porque todos os elementos de aperfeiçoamento de tais atos administrativos já são implementados quanto da prática dos mesmos pela própria Administração Pública. A simples menção constitucional ao fato de que a apreciação realizada pelos Tribunais de Contas tem como parâmetro a legalidade (ou validade) dos atos verificados induz, per si, a conclusão de que tratam de atos já existentes.

[...] tendo o Tribunal de Contas o mister de apreciar a legalidade (ou validade) dos atos sujeitos ao seu ato de registro, não se pode considerar tal apreciação uma manifestação volitiva componente ou requisito de sua formação.

No mesmo sentido é o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO⁴⁸ que, ao analisar o instituto da aposentadoria, observa que “o ato de aprovação do Tribunal de Contas envolve apenas controle *a posteriori* sobre a regularidade do ato”.

⁴⁷ MAFFINI, Rafael de Cás. Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, out. 2014. ISSN 2317-8558. p. 525, Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50868/31675>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 1039.

Ademais, o mesmo autor afirma ser incontroverso que a admissão não é ato complexo, aperfeiçoando-se com atuação isolada da autoridade administrativa com posterior controle do Tribunal de Contas por meio do registro⁴⁹.

A jurisprudência realiza uma divisão entre os atos de pessoal quando da análise de natureza, estabelecendo que os atos de admissão inicial e também as aposentadorias compulsórias são atos compostos.

Para a admissão em cargo efetivo basta a nomeação e a posse, visto que é a posse que efetivamente garante ao servidor todas as prerrogativas da nova situação funcional, independentemente do registro no Tribunal de Contas. Em verdade, o registro acontecerá depois e uma vez operado, torna o ato exequível, mas ele produz efeitos desde a data em que o servidor entrou em exercício⁵⁰.

O mesmo ocorre com a aposentadoria compulsória, para a qual o simples implemento da idade é suficiente para sua efetivação. Desta forma, o prazo quinquenal para revisão de atos da administração incide diretamente sobre estas categorias de atos de pessoal, vez que não se configura como ato administrativo complexo.

Desta forma, defende que a interpretação deve ser aplicada em relação aos demais atos, vez que “não existiria fundamento lógico-jurídico para que duas categorias de atos, objeto de idêntica disciplina num único dispositivo constitucional, tivessem regime jurídico diverso”.

Outrossim, a doutrina majoritária entende que também as concessões de aposentadoria, reforma e pensão consistem em atos administrativos compostos, vez que existe um único ato administrativo cuja produção depende da participação de diversos sujeitos para a formação da vontade estatal⁵¹.

É possível observar a adoção desta corrente doutrinária em julgados esparsos de Tribunais brasileiros⁵². No âmbito do Supremo Tribunal de Justiça tem sido

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ LINHARES, Rosângela Teresinha Camargo. O Exame dos Atos de Pessoal pelos Tribunais de Contas. 2008. 62f. Dissertação (Especialização) – Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena, Porto Alegre, 2008. p. 34.

⁵¹ Ibidem, p. 403.

⁵² MS: 70021642020 RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Data de Julgamento: 11/04/2008, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/06/2008; MS: 70038015327 RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Data de Julgamento: 07/10/2011, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/10/2011; TJ-RS - Recurso Cível: 71006683601 RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Data de Julgamento: 29/06/2017, Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/07/2017; MS: 201000010065139 PI, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, Data de Julgamento: 29/03/2012,

observadas tímidas manifestações que vão de encontro a jurisprudência clássica da Corte, afirmando a necessidade de acompanhar os desenvolvimentos doutrinários na matéria:

APOSENTADORIA. ANULAÇÃO. ATO COMPOSTO, E NÃO COMPLEXO. EXAME DA LEGALIDADE. SUJEIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO EM LEI. 1. Conquanto venha sendo repetida como verdadeiro dogma a premissa adotada em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ato de aposentadoria de servidor público estaria inserido na categoria dos atos administrativos complexos e dependeria, para se aperfeiçoar, da manifestação favorável do Tribunal de Contas, não encontra respaldo na teoria administrativista mais atual. Conforme bem salientado no acórdão objeto dos embargos de divergência, "a aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade". 2. Por vício de legalidade, à administração é dado anular aposentadoria de servidor público, devendo tal prerrogativa ser exercida no prazo decadencial previsto em lei, salvo quando comprovada má-fé, iniciando-se a contagem com a publicação do ato, e não somente após o julgamento pelo Tribunal de Contas. Em outras palavras: ressalvada a hipótese de má-fé do beneficiário, em que a anulação tem lugar a qualquer tempo, o exame de legalidade do ato de aposentadoria deve ser realizado pela Corte de Contas em até 5 (cinco) anos da publicação, sob pena de ficar inviabilizado o desfazimento, ainda quando caracterizada alguma ilegalidade, por consumada a decadência do direito à anulação. 3. Caso em que a aposentadoria do servidor federal, publicada em 21/5/1998, foi julgada ilegal pelo Tribunal de Contas da União em 28/6/2005, donde a impossibilidade de anulação do ato, porquanto ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos fixado pelo art. 54 da Lei n. 9.784/1999, cuja contagem se iniciou, por se tratar de aposentadoria concedida antes da vigência da referida lei, em 1º/2/1999, com término em 1º/2/2004. 4. Agravo regimental provido para se negar provimento aos embargos de divergência.

(STJ - AgRg nos EREsp: 1047524 SC 2009/0243307-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/05/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2014)

Do exposto, é possível perceber que a divergência acerca da natureza jurídica das aposentadorias e concessões permanece em aberto.

Se considerados atos compostos, a contagem o prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo art. 54 da Lei nº 9.784/1999 se iniciaria com a publicação destes atos, independentemente do registro no Tribunal de Contas.

De outro lado, se entendidos como atos complexos, o mesmo prazo seria contado a partir do registro, ainda que produzam efeitos desde a publicação.

Conforme análise que será feita no próximo capítulo, a natureza jurídica dos atos de pessoal importa não só para saber o prazo de revogação e anulação de atos da administração, mas também para estabelecer a necessidade de observância de contraditório e ampla defesa na análise empreendida pelo Tribunal.

3. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

3.1 – PROCESSUALIDADE DA TOMADA DE DECISÕES

Até o momento, buscou-se destacar a competência constitucional a respeito da análise de atos de pessoal. No entanto, o Tribunal de Contas da União tem diversas outras competências constitucionais⁵³.

É necessário observar que os processos da Corte cumprem seu próprio rito, lastreados em sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92), conforme a natureza daquilo que constitui o escopo da apreciação.

A análise das contas de administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (artigo 71, II da Constituição Federal) deverá ser feita por meio de tomada ou prestação de contas e uma vez que verificadas irregularidades, deverá ser citado o responsável para exercer defesa em relação ao apontado (artigo 12 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União)⁵⁴.

Por sua vez, o exercício das competências fixadas pelos incisos de IV a XI do artigo 71 da Constituição consistem em processo fiscalizatório que, em regra, tem

⁵³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

⁵⁴ FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, DF, maio/ago 2008. p. 35

caráter acessório e subsidiário. Vale dizer, o intuito destes processos é instruir o julgamento das tomadas e prestações de contas instauradas em decorrência da competência do inciso II, nos termos do artigo 41 da LOTCU.

Não são, portanto, processos em sentido estrito, pois não tem, ao menos em princípio, caráter contencioso, mas caráter informativo na medida em que sejam voltados a esclarecer dúvidas suscitadas nas inspeções e auditorias.

Em verdade, a utilização dos termos “tribunal” e “julgar as contas” para tratar deste órgão de controle não implicam a natureza jurisdicional de suas funções. O Tribunal de Contas consiste em órgão técnico, não jurisdicional⁵⁵.

Ademais, conforme observa DI PIETRO, a adoção do sistema da jurisdição una é revelada pela redação do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal⁵⁶. A adoção desse sistema faz com que o Poder Judiciário tenha o monopólio da função jurisdicional, de forma que é o único com poder de apreciar lesão ou ameaça a direitos individuais e coletivos com força de coisa julgada⁵⁷.

Afastou-se, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição, no qual ao lado do Poder Judiciário se colocam órgãos de Contencioso Administrativo que a semelhança daqueles exercem função jurisdicional sobre lides nas quais a Administração Pública seja parte interessada.

Outrossim, resta evidente que o Tribunal de Contas não consiste em órgão jurisdicional, seja porque afastada pelo ordenamento jurídico constitucional a jurisdição administrativa, seja pela natureza de órgão auxiliar de controle externo que o mesmo ordenamento lhe atribui, afastando-o do Poder Judiciário. Entretanto, seria possível ainda assim aventar que a análise realizada pela Corte consiste em processo?

A doutrina administrativista por muito tempo se debruçou sobre a distinção entre processo e procedimento administrativo. Em síntese, o processo é relação jurídica entre as partes que nele interagem, a qual consubstancia rito ou sequência predefinida, configurando vínculo entre pessoas decorrente de previsões normativas

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** p. 462

⁵⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 900.

próprias. A este rito por meio do qual se desenvolve a relação jurídica processual dá-se o nome de procedimento⁵⁸.

Desta forma, o procedimento é a sequência fixada na legislação para ser utilizado em determinadas situações, ao passo que o processo consiste em mecanismo realizado em um conjunto de peças, voltado a resolução do caso concreto. Em última análise, o processo é aplicação do procedimento previsto em lei com a finalidade de resolução do caso apresentado.

Ao se debruçar sobre o tema, J. R. Caldas FURTADO⁵⁹ observa que conforme normativa própria do Tribunal de Contas da União⁶⁰, processo é o conjunto de peças que documentam o exercício da atividade do Tribunal.

Todas as decisões tomadas resultam de conjunto de mecanismos previamente estabelecidos na legislação voltados a solução do caso concreto e, assim sendo, está demonstrada a processualidade inerente a atividade da Corte.

Observa o autor que os ritos procedimentais seguidos pelo Tribunal de Contas são extremamente similares aos que vigoram no judiciário, especialmente por força dos mandamentos constitucionais.

Destaca ainda que o que difere o processo do Tribunal do processo judicial é a ausência de litígio entre as partes, a jurisdição *ex officio* ao invés da inércia jurisdicional, a existência de dois atores principais (responsável e Tribunal de Contas) no lugar de três (autor, juiz e réu), o momento de início da relação jurídica, que no processo judicial é com a petição inicial e no processo do Tribunal se dá quando da gestão de recursos públicos e, por fim, a ausência de duplo grau de jurisdição e a operacionalização por pedidos de reconsideração.

Reconhecida a processualidade das decisões da Corte, FURTADO⁶¹ observa que o Tribunal de Contas consiste em órgão de natureza político-administrativa e, assim sendo, essa natureza se estende também ao processo que nele tramita.

Desta forma, não se trata de processo administrativo, nem judicial ou legislativo, mas sim de um processo que possui características próprias que o qualificam como político-administrativo.

⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39-40.

⁵⁹ CALDAS FURTADO, J. R. Processo e eficácia das decisões do Tribunal de Contas. **Revista Controle: doutrina e artigos**. Fortaleza, v. 12, n. 1, jun. 2014, p. 30-31

⁶⁰ Artigo 2º, XVII da Resolução TCU nº 191, de junho de 2006

⁶¹ FURTADO, J. R. Caldas. Op. Cit.p.31.

Como bem observado, muito embora não disponha de competência jurisdicional, a apreciação pelo Tribunal de Contas é extremamente semelhante ao judicial e por este motivo segue os princípios jurisdicionais, com a ressalva de que se sujeita a revisão pelo Judiciário⁶².

3.2 – OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 previu de forma inovadora a necessidade de observância do devido processo legal⁶³, princípio que compreende conjunto de elementos jurídicos capazes de garantir direitos quando ameaçados, lesados ou até mesmo questionados. Conforme leciona Cármen Lúcia Antunes ROCHA⁶⁴,

Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado.

Do devido processo legal decorre o que SARLET, MARINONI e MITIDIERO chamam de direito fundamental ao processo justo no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁵.

A conformação do processo justo ocorre a partir da observância de um perfil mínimo, dentro do qual o processo é pautado pela colaboração do juiz com as partes, capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa e, ainda, tenham direito à prova perante um juiz natural e em procedimento público, com duração razoável, com possibilidade de assistência jurídica integral e formação de coisa julgada⁶⁶.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 1284.

⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 209, jul/set. 1997. p 203.

⁶⁵ “Todo e qualquer processo está sujeito ao controle de sua justiça processual como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional. Tanto os processos jurisdicionais [...] como os não jurisdicionais [...] submetem-se à cláusula do processo justo para sua adequada conformação”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 618.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 619

No âmbito administrativo, o princípio do devido processo legal constitucionalmente assegurado acarreta no dever da Administração Pública de atuar tanto formal quando materialmente de acordo com os ditames legais, fazendo com que essa atividade seja desempenhada tendo como um dos polos da relação o próprio administrado.

Também decorre daí o direito do administrado de que essa relação se desenrole de acordo com os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Desta forma, o devido processo legal administrativo garante não só a certeza do dever público, mas também do direito do particular na relação administrativa⁶⁷.

Sob os ditames do Estado Democrático de Direito, o processo passa a ser não só instrumento de racionalização e eficiência da Administração Pública, mas também “elemento de articulação do Estado junto à sociedade, garantindo a participação do cidadão no processo decisório que, antes de ser estatal, deve ser democrático e de direito”⁶⁸.

Outrossim, à semelhança do que vigora nos processos judiciais, o perfil mínimo do processo justo também deve impor-se no âmbito administrativo. A própria Carta Constitucional prevê a obrigatoriedade de observância aos princípios da ampla defesa e contraditório – inerentes ao devido processo legal - também nos processos que se desdobrem no âmbito da Administração:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

O contraditório refere-se a garantia de que todos os atos processuais devem ser acompanhados por todos os interessados, “os quais têm o poder jurídico de

⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 205.

⁶⁸ GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. In ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. Revista TCEMG, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>> Acesso em: 09 set. 2017. p. 134.

participar ativamente produzindo provas e sendo ouvidos previamente à produção das decisões relevantes”⁶⁹.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁷⁰,

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

A Constituição é expressa em dizer que o contraditório rege todo e qualquer processo, seja ele jurisdicional ou não. Existindo a possibilidade de decisão desfavorável, que afete negativamente a esfera jurídica de alguém, este é direito que se impõe sob pena de violação do direito ao processo justo⁷¹.

Não é possível falar de contraditório sem falar também de ampla defesa. Estes foram princípios desde sempre aplicáveis ao processo penal, estendidos aos processos judiciais e administrativos com a Constituição de 1988⁷².

O direito de defesa diz sobre a possibilidade de resistir às pretensões adversárias, no sentido de preservar algo que possa vir a ser afetado por atos, medidas, condutas ou decisões vindas de outrem⁷³.

A Carta constitucional fala em ampla defesa buscando abarcar todas as possibilidades que tenha o interessado de manifestar-se sobre a pretensão que lhe afeta. Marçal JUSTEN FILHO⁷⁴ afirma que um procedimento com manifestação unilateral de uma das partes teria pouca utilidade e, nesse sentido,

Também haveria frustração do princípio da ampla defesa se a audiência do particular fosse posterior à prática do ato estatal. Não existe ampla defesa quando apenas se assegura a garantia do recurso, sem oportunidade para manifestação prévia. Ou seja, a participação do interessado tem de ser efetiva e real. Isso não se passa quando a Administração já formulou antecipadamente suas decisões e se restringe a conceder ao particular a oportunidade de manifestar-se para manter uma aparência de impessoalidade.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 330.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 777.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit. p. 647.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154.

⁷³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** p. 200

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. p. 352.

Para além do carácter prévio das manifestações, o princípio da ampla defesa se desdobra no direito de interpor recurso administrativo e de ser notificado do início do processo, dos atos referentes a produção de provas, assim como o direito de solicitar a produção probatória e ter defesa técnica realizada por advogado⁷⁵.

Evidente que o direito de defesa também é de observância obrigatória a qualquer tipo de processo que se pretende justo. Os processos desenvolvidos no âmbito dos Tribunais de Contas devem respeitar as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, positivado no ordenamento jurídico brasileiro como garantia fundamental.

Jurisprudencialmente, sustentou-se por algum tempo a ideia de que a garantia de contraditório nos processos da Corte de Contas acarretaria em enfraquecimento da atividade de controle externo desempenhada pelo órgão. É nesse sentido a manifestação do Ministro Octavio Gallotti, quando do julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 514-6/AM:

Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade de concessão de aposentadoria (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas), esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República.

(SS 514 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1993, DJ 03-12-1993 PP-26356 EMENT VOL-01728-01 PP-00037)

No entanto, este entendimento não vigorou por muito tempo. Em verdade, a orientação do Supremo Tribunal Federal, tem sido no sentido de garantir a observância dos postulados constitucionais referentes às garantias processuais também nos processos do Tribunal de Contas. Veja-se, pois, a ementa do acórdão abaixo colacionada:

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo....** p. 201- 202

começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. **Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase -jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (grifo próprio)**

(MS 23550, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534)

É imperativo que ao exercerem suas competências constitucionais os Tribunais de Contas observem os princípios do ordenamento jurídico-constitucional. Destaca Reuder Rodrigues Madureira de ALMEIDA⁷⁶ que

Faz-se indispensável, por conseguinte, que as cortes de contas, no exercício de seu mister constitucional, observem os ditames do *due process of law*, em todas as suas dimensões e consectários, ofertando aos interessados a efetiva oportunidade de intervir previamente na decisão, devendo-se ter em conta, sobretudo, que nos processos de controle não há a rígida separação entre Estado-Acusador e Estado-Juiz, na medida em que o Tribunal de Contas concentra as atividades de investigação, acusação, julgamento e revisão dos seus julgados.

Além disso, conforme ressaltado no julgado, “nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99)”.

⁷⁶ ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. Revista TCEMG, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>> Acesso em: 09 set. 2017. p. 135.

Muito embora a Lei Orgânica e o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União não prevejam expressamente a aplicação dos referidos princípios constitucionais, há previsão de aplicação subsidiária das normas processuais que forem compatíveis⁷⁷.

Ressalta-se que as legislações e codificações processuais devem ser vistas como concretização do processo justo, de forma que a Constituição é o centro a partir do qual a legislação infraconstitucional de matéria processual deve se estruturar.

Deve haver, portanto, diálogo entre as fontes (Constituição e legislação infraconstitucional) para melhor interpretação da legislação processual e para otimização de soluções conforme o direito fundamental ao processo justo⁷⁸.

É visando atender essa necessidade que a Lei nº 9.784/1999 prevê, no caput do artigo 2º, um extenso rol de princípios que devem guiar a administração pública nos processos administrativos e nos procedimentos que antecedem à edição de atos administrativos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em consonância com os ditames constitucionais, a legislação específica prevê a garantia de contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Para além do caput do dispositivo, o inciso VII do parágrafo único também coloca como critério legal a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

Como visto, o devido processo legal aplica-se ao processo administrativo e consiste, sobretudo, na obrigação de a Administração Pública oferecer as garantias constitucionais antes de tomar medidas que atinjam a liberdade e a propriedade dos cidadãos-administrados⁷⁹.

O contraditório no âmbito administrativo é verdadeira limitação ao poder que tem a Administração Pública de projetar-se sobre a liberdade e o patrimônio do

⁷⁷ É esta, pois, previsão do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União: “Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 622-623.

⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo. Atlas: 2009. p. 43

particular unilateralmente, sem dar-lhe oportunidade de manifestar-se sobre a adequação, no âmbito administrativo, das medidas tomadas⁸⁰.

Por sua vez, a ampla defesa não prestigia apenas as pretensões materiais das partes envolvidas, mas também a justiça e a segurança jurídica da decisão a ser proferida.

Vale dizer, esta garantia dirige-se também ao prestígio do interesse público primário de obediência ao rito previsto em lei e a excelência na prática do ato administrativo final. Daí a conclusão de que “talvez seja justamente a Administração a maior beneficiária pela perfeição na obediência ao princípio”⁸¹.

São exigências presentes na Lei de Processo Administrativo derivadas destes postulados a intimação dos atos processuais ao interessado (art. 26 a 28), possibilidade de conhecimento e produção de provas (art. 3º, I e II) e possibilidade de aduzir alegações finais e interposição de recursos (art. 2º, parágrafo único, X).

Desta forma, excetuada a relativização da competência do artigo 71, III, o Supremo Tribunal Federal tem entendido necessária a observância dos princípios constitucionais expostos, bem como tem autorizado a aplicação da Lei nº 9.784/99:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO INTERESSADO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DUE PROCESS OF LAW, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. As garantias fundamentais do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV) exigem a intimação do interessado nos processos perante o Tribunal de Contas da União, como reconhece a Súmula Vinculante nº 3, verbis: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 4653039. MS 27070 / DF excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. 2. In casu, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.411/2004, concluiu pela ilegalidade do concurso público realizado para a seleção de candidatos a serem contratados pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 3ª Região e decidiu pela anulação do processo seletivo e das admissões realizadas sem a prévia intimação dos interessados. 3. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal, aplica-se aos procedimentos do Tribunal de Contas da União. Precedente: MS 23.550, Redator para o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 31/10/2001. 4. Segurança concedida. (grifo próprio)

⁸⁰ Idem, p. 60.

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. Cit. p. 317

(STF - MS: 27070 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/10/2013, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 10/10/2013 PUBLIC 11/10/2013)

No entanto, o entendimento da Corte Superior vai de encontro ao que tem sido defendido na jurisprudência do Tribunal de Contas da União desde a decisão proferido nos autos TC-013.829/00-0, de relatoria do Ministro Marcos Vinicius Vilhaça, julgado pelo Tribunal Pleno em 29/11/2000 e publicado no Diário Oficial da União em 15/12/2000.

Na ocasião, discutiu-se a aplicabilidade do prazo decadencial de 5 anos para anulação de atos administrativos, conforme disposição do artigo 54 da Lei nº 9.784/99 aos atos de aposentadoria, reforma e pensão⁸².

Nesse sentido, ao analisar a questão o Tribunal de Contas da União entendeu que a Lei nº 9.784/99 não tem aplicação obrigatória sobre os processos de competência do Tribunal de Contas.

Assim, a Corte não se sujeita ao prazo do artigo 54 da referida legislação e pode decidir pela ilegalidade e negativa de registro do ato independente do tempo que transcorra entre a publicação por parte da Administração e a efetiva chancela de legalidade pelo Tribunal.

O Ministro Relator aponta que a própria lei, no artigo 1º, §1º estabelece que deverá ser observada por todos que exercem função administrativa, em distinção àqueles que exercem funções legislativas e judiciária.

Sustenta entendimento de que o Tribunal de Contas exerce função própria do Legislativo e que “seria realmente um paradoxo constitucional se o controle externo confiado ao Poder Legislativo fosse realizado com a cooperação de um órgão investido em função administrativa”.

⁸² Sobre esta questão, já vimos que foi nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a natureza de ato jurídico complexo a estas situações, de forma que o prazo decadencial tem aplicabilidade a partir do registro no Tribunal de Contas, vez que somente a partir de então o ato se aperfeiçoa: “É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o ato concessivo de aposentadoria, pensão ou reforma configura ato complexo, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com o registro perante a Corte de Contas, após submissão a juízo de legalidade. Assim, a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente se opera a partir da publicação do referido registro” (MS 26005 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Conclui-se, assim, “que os misteres constitucionais dos Tribunais de Contas consistem em função de controle externo, pertencente à função legislativa, não dizendo qualquer respeito à função administrativa de que cuida a Lei nº 9.784/99”.

Ademais, destaca-se que o próprio artigo 69 da Lei de Processo Administrativo prevê que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria” aplicando-se apenas subsidiariamente os preceitos desta legislação.

A Lei específica do Tribunal de Contas da União seria aquela que dispõe sobre seu Regimento Interno (Lei nº 8.443/1992), de forma que novamente se demonstra a inaplicabilidade direta da legislação processual administrativa comum aos processos que tramitam na Corte de Contas.

A tese continua sendo defendida na jurisprudência do TCU, à exemplo do que se observa no teor das decisões proferidas nos processos TCU 01615720050, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 05/02/2013⁸³ e da Tomada De Contas Especial 00031320157, Relator: Aroldo Cedraz, Data De Julgamento: 01/08/2017⁸⁴.

A partir deste entendimento, a omissão do Regimento Interno e da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União não poderia ser solucionada por meio da aplicação da lei geral de processo administrativo.

Vejamos, pois, como se dá o processamento da análise dos atos de pessoal dentro do Tribunal.

3.3 – A ANÁLISE DOS ATOS DE PESSOAL

⁸³ “O TCU, no TC 013.829/2000-0, já decidiu que as disposições da Lei n. 9.784/99 não têm aplicação obrigatória sobre os processos de competência do Tribunal (Decisão n. 1020/2000, Ata n. 47/2000 TCU - Plenário). Neste processo o Ministro-Relator Marcos Vilela concluiu que as decisões do Tribunal traduzem o exercício da função de controle externo, de caráter legislativo, sobre a função administrativa e que com aquela não se confunde”.

⁸⁴ Também deve ser afastada a pretensão de ser aplicada ao caso concreto a decadência disposta no art. 54 da Lei 9.784/1999. Tal hipótese foi debatida pelo Tribunal, ao prolatar a Decisão 1.020/2000-Plenário, ocasião em que firmou o entendimento de que tal legislação não tem aplicação obrigatória sobre os processos de competência desta Corte. Conforme explica o Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão 78/2005-TCU-Plenário, a ‘não-incidência da Lei 9.784/1999 e, portanto, do prazo decadencial previsto em seu art. 54, sobre os atos de controle externo a cargo do TCU repousa no entendimento de que a natureza desses atos não é tipicamente administrativa, mas especial, porquanto inerente à jurisdição constitucional de controle externo.

A Instrução Normativa nº 55 de 2007 do Tribunal de Contas da União, ao dispor sobre o envio e tramitação para fins de registro das informações atinentes a atos de pessoal estabelece que estão sujeitos a análise da Corte:

Art. 2º A autoridade administrativa responsável por ato de admissão ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão submeterá ao Tribunal, para fins de registro, por intermédio do respectivo órgão de controle interno, na forma definida em manual de instrução e com base na tabela de fundamentos legais do Sistema de Avaliação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões (Sisac), informações relativas aos seguintes atos:

I - admissão de pessoal; II - concessão de aposentadoria; III - concessão de pensão civil; IV - concessão de pensão especial a ex-combatente; V - concessão de reforma; VI - concessão de pensão militar. VII - alteração do fundamento legal de ato concessório. § 1º Constituem alteração do fundamento legal do ato concessório as eventuais revisões de tempo de serviço ou contribuição que impliquem alteração no valor dos proventos e as melhorias posteriores decorrentes de acréscimos de novas parcelas, gratificações ou vantagens de qualquer natureza, bem como a introdução de novos critérios ou bases de cálculo dos componentes do benefício, quando tais melhorias se caracterizarem como vantagem pessoal do servidor público civil ou militar e não tiverem sido previstas no ato concessório originalmente submetido à apreciação do Tribunal. § 2º Não se encontra sujeito a registro, e, portanto, não deve ser remetido ao Tribunal, ato de alteração no valor dos proventos decorrente de acréscimo de novas parcelas, gratificações ou vantagens concedidas em caráter geral ao funcionalismo ou introduzidas por novos planos de carreira.

Frisa-se que ao TCU compete apenas apreciar a legalidade destes atos, de forma a conceder registro nos casos em que confirmada a legalidade, ou negando o registro quando concluir pela ilegalidade das admissões ou concessões. Isso porquê, conforme o próprio dispositivo acima citado retrata, as informações devem ser encaminhadas à Corte pelos órgãos de controle interno, os quais são incumbidos da análise dos gastos com a gestão de pessoas.

A competência do controle interno para assuntos da área de pessoal é extraída do artigo 74 da Constituição Federal, especificamente nas previsões acerca do dever de avaliar o cumprimento de metas do plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União, bem como comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal.

Como já alertado, não há hierarquia entre controle interno e externo. Em verdade eles são complementares e a conjugação entre essas duas modalidades de controle é que possibilitará maior eficiência na atividade de controladoria.

Vale dizer, é bastante produtora que as instituições de controle interno e externo ajam sincronizadamente, pois se por um lado as instâncias de controle externo exercem sobre os órgãos controlados maior intimidação, por meio dos mecanismos de coerção de que dispõem, de outro o controle interno possui conhecimento muito mais amplo sobre o que acontece na Administração, especialmente quando da produção de seus atos⁸⁵.

É esta, pois, a redação do inciso IV do artigo 74, estabelecendo como finalidade do controle interno “apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”. No âmbito da União, o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), exerce as atividades de órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

No que tange à análise das admissões de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, compete aos órgãos de controle interno receber os dados relativos a estes atos diretamente da autoridade administrativa responsável e, posteriormente, encaminhá-los ao Tribunal de Contas.

Portanto, em âmbito nacional a Controladoria Geral da União é que desempenhará a controladoria interna e elaborará o opinativo. Consoante disposição do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União:

Art. 260. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em ato normativo.

Ademais, de acordo com disposições da supracitada Instrução Normativa nº 55 de 2007 do Tribunal de Contas da União, a CGU deve emitir parecer quanto a legalidade dos atos, bem como deverá diligenciar ao órgão de pessoal quando verificar inexatidão ou insuficiência dos dados recebidos⁸⁶.

⁸⁵ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos Atos Administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011. p. 371.

⁸⁶ Art. 11 O órgão de controle interno deverá emitir parecer quanto à legalidade dos atos de admissão e de concessão cadastrados pelos órgãos de pessoal a ele vinculados.

Art. 12 O órgão de controle interno deverá diligenciar ao órgão de pessoal quando verificar inexatidão ou insuficiência dos dados recebidos.

Toda a troca de dados entre órgão de origem, Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União ocorre por meio do Sistema Sisac – Sistema de Avaliação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões, o qual tem por função o cadastramento e registro de informações referentes aos atos de pessoal que carecem de registro.

Desta forma, cada ato que é registrado no Sisac será acompanhado de parecer do controle interno, com exceção dos desligamentos, que são cadastros pelos órgãos da administração e enviados diretamente ao TCU. A partir daí, caberá a uma unidade técnica do Tribunal efetuar a instrução e análise de mérito dos atos submetidos à registro na Corte. No âmbito do TCU, a unidade responsável é a Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP) e conforme Portaria-SEFIP nº 01 de 2015:

Art. 2º À Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), [...] no cumprimento de sua finalidade de examinar e fiscalizar as despesas de pessoal dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal, os atos de admissão e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão e as declarações de bens e rendas submetidas à apreciação do Tribunal, compete:

I - instruir no mérito, para fins de registro, os atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, reforma e pensão, bem assim suas respectivas alterações, utilizando as informações contidas no Sistema de Avaliação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões (Sisac) e em outras bases de dados informatizadas disponíveis na Administração Pública;

II - fiscalizar as despesas com o pessoal ativo e inativo da União, assim como instruir no mérito os processos relativos a essa matéria;

[...]

Após a autuação e instrução, a unidade técnica deverá encaminhar o feito para análise do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU)⁸⁷. Conforme destaca José Afonso da SILVA⁸⁸, trata-se de *parquet* especial, com atuação restrita ao desempenho das funções institucionais de *custos legis*.

O jurista ainda aponta que muito embora já existisse desde a Constituição de 1891, foi apenas com a Carta de 1988 que sedimentou-se fundamento constitucional

⁸⁷ Importante destacar, ainda que em breve nota, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento no sentido de que “o Ministério Público de Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público Comum” (STF - ADI: 3307 MT, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-05 PP-00820 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 46-62)

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas**. Disponível em <<http://mpc.ba.gov.br/m/wp-content/uploads/2014/12/OMPJUNTOAOSTRIBUNAIS.pdf>> acesso em 29/08>. Acesso em: 29 ago. 2017. p. 9

à existência de um Ministério Público especial, conforme se extrai da redação dos artigos 73, I, §2º⁸⁹ e 130⁹⁰.

Conforme estabelece o Regimento Interno do TCU, os membros do MPTCU devem obrigatoriamente se manifestarem em todos os processos perante o Tribunal, inclusive os de análise de atos de pessoal:

Art. 62. Compete ao Procurador-Geral e, por delegação prevista no art. 82 da Lei nº 8.443, de 1992, aos subprocuradores-gerais e procuradores:

[...]

III – dizer de direito, oralmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal, sendo obrigatória sua audiência nos processos de tomada ou prestação de contas e nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões;

[...]

Outrossim, após a manifestação e instrução do feito pela unidade técnica e pelo *parquet* especial, o processo é encaminhado ao Relator, a quem compete saneá-lo e submetê-lo ao Colegiado do Tribunal para julgamento. Portanto, o Relator presidirá a instrução e, de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal (Lei nº 8.443 de 1992):

Art. 40. O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, por sua ação própria e direta, ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, a adoção das providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito

Do julgamento podem resultar duas situações: a primeira é a declaração de legalidade do ato em apreço e, conseqüentemente, a determinação de registro do mesmo; a segunda é o julgamento pela ilegalidade do ato e a negativa de registro, hipótese na qual será expedida determinação ao órgão de origem para que faça cessar pagamentos decorrentes do ato impugnado. O art. 15 da Instrução Normativa nº 55 de 2007 preconiza o seguinte:

⁸⁹ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista triplíce pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

⁹⁰ Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Art. 15 A negativa de registro de atos de admissão ou de concessão obrigará o órgão ou entidade de origem a cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência da recusa ou da publicação da decisão do Tribunal no Diário Oficial da União, todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado, bem como a comunicar ao Tribunal, no mesmo prazo, as providências adotadas, sob pena de solidariedade da autoridade administrativa na obrigação de ressarcimento das quantias pagas após essa data, sem prejuízo das sanções previstas na Lei nº 8.443/92.

Ainda, das decisões do Tribunal em matéria de atos sujeitos a registro é cabível pedido de reexame, nos termos do *caput* do artigo 39 da LOTCU e artigo 286 do Regimento Interno. Este recurso tem efeito suspensivo e consiste na primeira hipótese de manifestação do interessado.

Desta forma, nota-se que o processamento referente à competência oriunda do inciso III do artigo 71 da Constituição Federal é feito a partir das manifestações da entidade de origem responsável pela expedição do ato, do órgão de controle interno, da unidade técnica e do *parquet* especial. Em nenhum momento os interessados são chamados a participar da formação das decisões, mas apenas após a sua prolação.

Carlos Henrique Caldeira JARDIM⁹¹ observa que o ingresso dos titulares dos atos de admissão ou concessão tende a se restringir à fase de recursos, em que é facultada a interposição do pedido de reexame e, em suas palavras,

A praxis sugere, portanto, ser apenas parcial a incidência da ampla defesa e do contraditório em sede de tais processos, na medida em que não assegura ao eventual atingido pela deliberação a participação em todo o arco do procedimento.

No mesmo sentido FAJARDO⁹² afirma que o rito processual da Corte de Contas “ignora a observação ao princípio do duplo grau de jurisdição”, vez que o contraditório e ampla defesa do servidor ou beneficiário e a necessária apreciação pelo Tribunal de Contas dos fundamentos e fatos que venha a trazer apenas será feita em sede de recurso.

A natureza jurídica dos atos de pessoal, em especial das aposentadorias, reformas e pensões, é o que justifica essa situação. Vale dizer, se considerado como ato administrativo composto, o ato já estaria completo e já teria se aperfeiçoado com

⁹¹ JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 406.

⁹² FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Op. Cit. p. 36.

a sua publicação pelo órgão administrativo competente, tendo o interessado incorporado ao seu patrimônio o direito em questão.

No entanto, ressalvada a controvérsia outrora apresentada, a jurisprudência das Cortes Superiores do país e do Tribunal de Contas da União estabeleceu, já na discussão a respeito do prazo decadencial para revogação e anulação dos atos administrativos de pessoal, o entendimento de que se tratam de atos complexos, por meio dos quais os interessados não adquirem por completo o direito até o registro, vez que o ato ainda não se aperfeiçoou.

Conforme destacam AGUIAR, ALBUQUERQUE e MEDEIROS⁹³,

É por esse motivo [a natureza jurídica dos atos] que a apreciação inicial dos atos de aposentadoria, reforma e pensão pela Corte de Contas ocorre sem a manifestação da parte interessada. Pode, portanto, o Tribunal de Contas da União considerar ilegal uma aposentadoria, determinando a cassação de todos os seus efeitos sem oferecer o contraditório e a ampla defesa ao aposentado.

Vale dizer, não há que se cogitar da participação do interessado vez que neste momento ele não incorporou ao seu patrimônio direito algum. Seu direito depende da chancela de legalidade da Corte de Contas para ser exigível e, dessa forma, não haveria violação a contraditório e ampla defesa, ficando o exercício destas garantias adstrito a fase recursal.

Isso porque conforme pontuado pelo professor Egon Bockmann MOREIRA⁹⁴, o ato complexo não caracteriza sequencia procedimental e por isso sua formação não pode ser tida como processo ou procedimento administrativo.

Em verdade, o ato complexo consiste na ação reunida de várias pessoas, cuja validade e eficácia dependem da regular emanção plurissubjetiva – mais de um agente deve participar da formação do mesmo ato.

Para a efetiva formação do ato exige-se a decisão unânime dos órgãos competentes, de forma que não há ato complexo com dissidência ou praticado em maioria. De outro lado, no processo administrativo há vários atos (e não simples manifestações), praticados por um ou mais sujeitos, todos com validade, eficácia e competência autônomas.

⁹³ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. Op.cit. p. 220.

⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. Cit. p. 61-65.

No processo administrativo não há fusão de manifestações constitutivas de um ato, a prática de atos processuais tem por finalidade proferir decisões para as questões endoprocessuais, para dar sequência ao processo até que a decisão produza efeitos extraprocessuais.

Por fim, o professor conclui que “processo” e “ato complexo” são realidades normativas absolutamente diversas, estando cada qual submetida a um regime jurídico próprio.

Neste contexto, os servidores que eram surpreendidos pelas decisões passaram a questionar judicialmente a ausência da observância de contraditório e ampla defesa nos processos referentes a concessão de aposentadorias, reformas ou pensões. Diante do impasse, o Supremo Tribunal Federal veio a editar a Súmula Vinculante nº 3, a qual será analisada no próximo capítulo.

4. SÚMULA VINCULANTE Nº 3

4.1 - FORMAÇÃO DO ENUNCIADO

Como visto, o processo de análise de legalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União é estabelecido entre a Administração Pública e o Tribunal, regulamentado por lei e por instrução normativa omissas em relação à participação dos servidores públicos.

Ainda, soma-se a este quadro o longo decurso de tempo transcorrido até que a Corte de Contas se manifeste definitivamente sobre os atos em análise, fazendo com que mesmo após anos da concessão inicial do benefício houvesse a cessação do recebimento ou até mesmo a necessidade de retorno à atividade⁹⁵ ante a declaração de ilegalidade e negativa de registro.

Outrossim, o problema gira em torno da provisoriedade do ato de concessão do benefício e a prerrogativa que tem o Tribunal de Contas de decidir sem que o destinatário final do resultado da análise dela participe. É a partir desta noção que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 3, que estabelece o seguinte:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O enunciado é fruto de diversas demandas que se apresentaram ao Supremo Tribunal Federal, por meio das quais os interessados questionavam as consequências da declaração de ilegalidade e negativa de registro por parte da Corte de Contas.

Note-se que da redação sumular é possível extrair exceção expressa à aplicação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos processos que tramitam no Tribunal de Contas em razão da competência atribuída pelo artigo 71, III da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas da União, no mesmo sentido, editou a Súmula nº 256, nos seguintes termos:

Não se exige a observância do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão

⁹⁵ Essa situação pode ser observada quando, por exemplo, se verificar no processamento do TCU que o servidor não atingiu os requisitos de idade ou tempo de serviço, de forma que deverá retornar à atividade.

e de ato de alteração posterior concessivo de melhoria que altere os fundamentos legais do ato inicial já registrado pelo TCU.

Para entender a formação da Súmula Vinculante do STF, faz-se necessária a análise de quatro decisões em Mandado de Segurança, a fim de identificar os argumentos apresentados. São elas: MS 24.268/MG, MS 24.728/RJ, MS 24.754/DF e MS 24.742/DF.

4.1.1 – Mandado de Segurança nº 24.268/MG

Cuidou-se nos autos de pensão concedida em 1984 à Fernanda Brito Fiuza em razão da morte de seu avô, que a teria adotado antes de falecer. Dezoito anos após o julgamento pela legalidade e registro do ato, o Tribunal de Contas da União reexaminou a sua decisão e a reformou a partir da verificação de ilegalidade do ato de adoção

Ante o exposto, a beneficiária impetrou mandado de segurança alegando, em síntese “que o Tribunal de Contas da União, em ato atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido, e à coisa julgada, decidiu, unilateralmente e sumariamente, cancelar o pagamento da sua pensão especial, concedida há dezoito anos”.

A Relatora, Ministra Ellen Gracie, denegou a segurança sustentando entendimento de que o Tribunal de Contas da União não está vinculado a processo contraditório e contencioso, nos termos do julgamento do SS 514 (AgRg)⁹⁶. Aventa precedentes da Corte que reafirmam a dispensabilidade do contraditório na fase administrativa, porquanto a questão seja puramente de direito e não envolva questões de fato⁹⁷.

Ademais, aponta que a Corte já decidiu no sentido de que não fere os dispositivos constitucionais ato de autoridade que, sem dar ao interessado

⁹⁶ SS 514 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/1993, DJ 03-12-1993 PP-26356 EMENT VOL-01728-01 PP-00037.

⁹⁷ Voto do Ministro Carlos Velloso no RE 158543, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/08/1994, DJ 06-10-1995 PP-33135 EMENT VOL-01803-04 PP-00767 RTJ VOL-00156-03 PP-01042

oportunidade de se manifestar, retifica o ato de sua aposentadoria a fim de corrigir ilegalidades anteriormente não observadas⁹⁸.

Por fim, quanto as alegações de direito adquirido e coisa julgada, afastou a “teoria do fato consumado” na hipótese, entendendo que a ilegalidade consolidada pelo tempo não é capaz de justificar a manutenção da pensão percebida, tão pouco possa impedir o Tribunal de Contas de exercer suas atribuições constitucionais.

Por sua vez, em voto divergente, o Ministro Gilmar Mendes enfatiza que a Constituição de 1988 ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes tanto em processo judicial quanto administrativo e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa.

Sustenta que o que o constituinte pretendeu foi assegurar não só o direito de manifestação, mas também a pretensão à tutela jurídica. No entendimento do Ministro, estariam contemplados pela Constituição o direito de informação, de manifestação e também de ver seus argumentos considerados pelo julgador.

Observa que a Lei nº 9.784/99 estabelece a necessidade de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos, ressaltando a discussão a respeito da aplicabilidade ou não da legislação nos casos de autotutela administrativa. Como trata-se o caso de efetivo processo administrativo de controle, entende que devem prevalecer as previsões constitucionais.

O Ministro não coaduna com o defendido pela Ministra Relatora no tocante a dispensabilidade de contraditório e ampla defesa nos casos em que não haja questão de fato. Entende que, em verdade, a não observância destes postulados autoriza de plano a concessão da segurança.

Por fim, o Ministro expressa surpresa ante ao fato de a cessação da pensão ter ocorrido passados dezoito anos de sua concessão. Declara que apesar de não sentir-se seguro para aplicar o prazo quinquenal decadencial do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, uma vez que não deva ser computado com efeitos retroativos, reconhece nele sucedâneo de segurança jurídica.

Outrossim, embora reconheça que seja possível cogitar da segurança jurídica para impedir o desfazimento do ato, limita-se a reconhecer a plausibilidade jurídica do pedido, deferindo a segurança postulada para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

⁹⁸ RE 158543, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/08/1994, DJ 06-10-1995 PP-33135 EMENT VOL-01803-04 PP-00767 RTJ VOL-00156-03 PP-01042

O voto do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado na íntegra pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, com o adendo de que na primeira análise de legalidade do ato não haveria necessidade de observância a estes princípios, tendo em vista que o processo no órgão de controle integra a formação administrativa do ato.

No entanto, ressaltam os ilustres julgadores que em caso de reexame da decisão inicial, o Tribunal de Contas da União deveria garantir ao interessado contraditório e ampla defesa, vez que aí sim seria possível falar de alteração de uma situação jurídica já aperfeiçoada.

Ademais, o Ministro Marco Aurélio divergiu dos votos até então apresentados para sustentar a aplicabilidade do artigo 54 da Lei de Processo Administrativo. Em diálogo com o Ministro Carlos Velloso, ambos entendem que o Tribunal de Contas da União deve obediência a esta legislação por tratar-se de órgão da Administração, de Tribunal Administrativo, no que foram acompanhados pelos Ministros Nelson Jobim e Cezar Peluso.

Então, Supremo Tribunal Federal deferiu por decisão majoritária a segurança, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, afastando a aplicabilidade subsidiária da Lei nº 9.874/99. Desta forma, a tese vencedora foi a de que em sede de primeira análise não se faz necessária abertura de contraditório e ampla defesa por se tratar de mera fase de perfazimento do ato, mas em se tratando de reanálise da decisão já proferida pela Corte de Contas deverão incidir as garantias.

4.1.2 – Mandado de Segurança nº 24.728/RJ

O caso versou sobre pensão percebida por Rosemeri Bento da Costa desde 1989. O benefício foi julgado legal e registrado pelo Tribunal de Contas da União em 2001.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União impugnou a decisão por meio de pedido de Reexame. Tal recurso tem efeito suspensivo, o que impediu que se perfizesse o ato complexo de registro da pensão. Então, o TCU deu provimento ao recurso, acarretando na suspensão do pagamento do benefício.

Diante da situação, a interessada impetrou mandado de segurança contra a decisão do Tribunal de Contas por entender que à semelhança do que ocorreu no MS

24.268/MG, houve ilegalidade decorrente da inobservância de contraditório e ampla defesa, bem como violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

O Ministro Gilmar Mendes indeferiu a segurança e cassou liminar anteriormente concedida sustentando que “não se trata de revisão de pensão devidamente registrada perante o órgão competente” e, assim, não há que se falar em contraditório e ampla defesa. No caso, o ato não se aperfeiçoou tendo em vista o efeito suspensivo do recurso.

Ademais, aponta que não se tratou de reexame de ofício por parte da própria Corte de Contas, mas de recurso cabível e tempestivo, interposto por órgão legitimado a fazê-lo, de forma que restou afastada a necessidade de observar os princípios constitucionais em questão. A tese foi acompanhada de forma unânime pelos demais Ministros.

4.1.3 – Mandado de Segurança nº MS 24.754/DF

Este julgado tratou da análise de concessão de aposentadoria de Evandro das Neves Carreira, servidor que ocupou cargo em comissão no Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal e preencheu o requisito temporal para aposentadoria no ano de 1992.

Em 2003 o Tribunal de Contas da União negou registro a aposentadoria por ilegalidade tendo em vista que este ocupava cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública. A decisão teve como fundamento a Lei nº 8.647/1993, que veio a afastar a possibilidade de aposentadoria pelo regime especial de previdência aos servidores que ocupem cargo em comissão.

O interessado impetrou Mandado de Segurança visando reverter a decisão, sustentado a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa por parte da Corte de Contas. Ademais, ressalta-se que o Procurador Geral da República exarou parecer favorável ao servidor comissionado, tendo em vista que preencheu todos os requisitos legais necessários à aposentadoria estatutária antes da edição da legislação supracitada.

O Ministro Marco Aurélio, relator dos autos, afastou de plano o argumento a respeito da ilegalidade em relação a garantia do contraditório e da ampla defesa, com base no precedente do Mandado de Segurança nº 24.784 a pouco analisado. Se lê no voto o seguinte:

Sob o ângulo do contraditório, registre-se a natureza do processo concernente à aposentadoria do servidor. Mostra-se complexo, com o implemento pelo órgão de origem, a fim de não haver quebra de continuidade da satisfação do que percebido, seguindo a homologação pelo Tribunal de Contas da União. Vale dizer que não se tem o envolvimento de litigantes, razão pela qual é inadequado falar-se em contraditório para, uma vez observado este, vir o Tribunal de Contas da União a proceder ao respectivo exame sob o ângulo da legalidade. Nesse sentido é o precedente desta Corte: Mandado de Segurança nº 24.784, relatado pelo ministro Carlos Velloso, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado em 25 de junho de 2004.

Evidente, portanto, a manutenção do entendimento já exarado no precedente citado. Vale dizer, não há de se falar em garantia de contraditório e ampla defesa quando o Tribunal de Contas da União analisa pela primeira vez as aposentadorias, reformas e pensões, mas apenas quando vier a reexaminar decisão anteriormente proferida.

No entanto, ainda assim vota o eminente Relator pela concessão da segurança, por entender que a situação deve ser regida pela legislação anterior à Lei nº 8.647/1993, perante a qual não há distinção expressa entre servidor estatutário e comissionado para fins de aposentadoria⁹⁹.

O voto foi acompanhado por todos os Ministros de forma unânime.

4.1.4 – Mandado de Segurança nº 24.742/DF

Neste julgado, a Corte se debruçou sobre a possibilidade de cumulação de proventos de cargo civil e militar, convertidos em pensão após o falecimento do servidor.

No caso, o Sr. Dorothy Silveira de Azevedo foi transferido para reforma remunerada em 1982, no cargo de Coronel da Aeronáutica após 36 anos de serviço. No mesmo ano, foi contratado como pesquisador sênior do Centro Técnico Aeroespacial em regime celetista e, após 11 anos no cargo, a Constituição de 1988 veio a transformar o emprego em cargo público.

Então, já sob a égide da nova Carta constitucional, o servidor aposentou-se no cargo civil. Desta forma passou a acumular os proventos de reserva remunerada e

⁹⁹ Trata-se da Lei nº 8.112/90, cujo artigo 183 estabelece genericamente que “A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família”.

aposentadoria civil, sendo que quando veio a falecer ambos os vínculos geraram pensão à sua esposa.

Muito embora a aposentadoria civil tenha ocorrido após a militar, o Tribunal de Contas da União analisou aquela primeiro e julgou pela legalidade do ato, concedendo registro. Após, já em 2003, a Corte analisou o ato de reserva e o julgou ilegal ante a impossibilidade de cumulação dos cargos que ocupava na atividade, o que atingiria também a cumulação de proventos e consequentemente da pensão da qual se beneficiava a viúva do servidor.

O TCU, ainda que tenha considerado ilegal o ato de reforma, oficiou o Centro Técnico Aeroespacial para que este determinasse à pensionista que escolhesse entre a pensão civil ou a pensão militar.

A interessada, então, impetrou mandado de segurança sustentando a inobservância de contraditório e ampla defesa quando da análise do ato de reforma, assim como ofensa ao direito adquirido, tendo em vista que a reforma se operou em 1982 e a decisão do TCU ocorreu apenas em 2003.

O Relator dos autos, Ministro Marco Aurélio, sustentou que a transferência para reforma, operada sob a égide da Constituição de 1967, é legal, vez que aquela Carta continha previsão expressa sobre a possibilidade de cumulação de proventos de reforma e os decorrentes de cargo de prestação de serviços técnicos¹⁰⁰.

Quanto a aposentadoria civil, entendeu que não é objeto dos autos, tendo sido inclusive considerada legal pelo Tribunal de Contas da União. Divergiu do voto quanto a este ponto o Ministro Joaquim Barbosa, por entender que a cumulação não seria possível e que como a aposentadoria civil se deu após a militar, incidiria sobre aquela a ilegalidade em questão.

Em relação aos argumentos da impetrante de ausência de contraditório e ampla defesa, o Relator sustentou a não incidência dos princípios constitucionais vez que se trata de análise inicial por parte da Corte de Contas e não de reexame. Conforme destaca o Ministro Marco Aurélio, “não houve cassação da reforma deferida

¹⁰⁰ Art. 93. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei.

[...]

§ 9º - A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

e homologada anteriormente, mas a continuidade do processo, visando o exame da respectiva legalidade”.

Outrossim, ainda que não em razão da alegação de violação ao contraditório e a ampla defesa, o Tribunal concedeu por maioria a segurança.

4.1.5 – Análise Conclusiva

Note-se que o estabelecido já no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268/MG foi mantido e aprofundado nos demais casos apresentados.

Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu e passou a adotar a tese de que existem dois momentos distintos para aferir a necessidade de garantia de contraditório e ampla defesa nos casos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão: a primeira trata da “atuação administrativa que independe de audiência do interessado”, ao passo que a segunda cuida da “decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior”.

Vale dizer, quando o Tribunal de Contas da União se debruça sobre o ato pela primeira vez, a fim de verificar a legalidade e a possibilidade de registro, não há necessidade de oportunizar manifestação ao interessado, porquanto a relação se estabeleça apenas entre o Tribunal e a Administração Pública.

O ato, para aperfeiçoar-se, depende da chancela e da homologação na forma de registro por parte da Corte de Contas. Trata-se de um único ato originado da manifestação de vontade de dois órgãos, sendo o registro apenas uma das fases para consolidar o ato de concessão.

Portanto, até a homologação do ato não se pode falar no envolvimento de litigantes, uma vez que ainda não se verifica a completude do direito do servidor envolvido. Conforme se extrai do voto do Ministro Carlos Ayres Britto no mandado de segurança nº 24.268/MG:

Sr. Presidente, quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública.

No entanto, situação diversa é a que se observa quando o Tribunal de Contas reexamina de ofício sua própria decisão. Nesse caso o direito do interessado já está consolidado, pois o ato de aposentadoria, reforma ou pensão já se aperfeiçoou

anteriormente e daí a necessidade de garantir-lhe contraditório e ampla defesa. Destaca o Ministro Ayres Britto na continuidade do voto:

Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se perfez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. E, nesse caso, a pensão, mesmo fraudulenta — porque estou convencido, também, de que, na sua origem, ela foi fraudulenta —, ganha esse tônus de juridicidade.

Outrossim, nesta segunda hipótese é formada uma nova relação jurídica, não apenas entre administração e TCU, mas sim entre o servidor público interessado e a Corte.

4.2 – MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.116/ DF E A MITIGAÇÃO DA SÚMULA

Ainda em relação aos julgados que motivaram a elaboração da Súmula Vinculante n.º 3, chama atenção o lapso temporal entre a concessão do benefício pela Administração Pública e o exame de legalidade por parte do Tribunal de Contas da União ou, ainda, entre a decisão da Corte e a posterior reforma. Como se lê no voto do Ministro Gilmar Mendes no mandado de segurança nº 24.728-2/RJ:

Ao apreciar o pedido liminar, impressionou-me o argumento de, após tantos anos, o Poder Público, sem o regular procedimento administrativo, haver decidido pela ilegalidade de concessão de pensão à filha adotiva de ex-militar, anteriormente considerada legal pela Decisão 0403-41/2001-1, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, que ordenou, inclusive, o registro correspondente, com fundamento no art. 188 do Regimento Interno do TCU. Por isso, deferi a continuidade do pagamento da referida pensão, até final julgamento deste "writ" (fls. 65-67).

Outrossim, mesmo com a edição de enunciado vinculante afastando a observância de contraditório e ampla defesa nos processos iniciais de aposentadoria, pensão e reforma, a Corte continuou recebendo recursos questionando a situação, ante o tempo transcorrido entre a concessão e suspensão repentina dos benefícios.

O entendimento inicial de que o Tribunal de Contas da União sequer se submeteria aos referidos princípios constitucionais foi, então, mitigado, em homenagem aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Trata-se da discussão ocorrida no mandado de segurança nº 25.116/DF, assim ementado:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O impetrante se volta contra o acórdão do TCU, publicado no Diário Oficial da União. Não exatamente contra o IBGE, para que este comprove o recolhimento das questionadas contribuições previdenciárias. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Infundada alegação de carência de ação, por ausência de direito líquido e certo. Preliminar que se confunde com o mérito da impetração. 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida.

(MS 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107)

Na ocasião, foi analisado caso em que a Administração Pública concedeu aposentadoria em 1998, sendo que somente no ano de 2004 o Tribunal de Contas da União veio a se manifestar pela ilegalidade do benefício. A decisão se deu em virtude de equívoco no cálculo do tempo de serviço do servidor.

O interessado impetrou mandado de segurança alegando ausência de fundamentação da decisão quanto ao alegado erro no cálculo de tempo de serviço e consequente falta de recolhimento da contribuição previdenciária. Destacou o autor que a Corte seguiu parecer do órgão de controle interno, o qual foi elaborado sem solicitação de maiores diligências para aferir a real falta de recolhimento da contribuição.

Ademais, alegou o demandante que “não foi observada a garantia do devido processo legal, à falta de oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa”.

O Ministro Carlos Ayres Britto, Relator dos autos, afirma que seguiu a tese que desencadeou a formação do enunciado vinculante em análise. No entanto, apesar de reconhecer que o caso posto é referente a relação jurídica travada entre a Corte de Contas e a Administração Pública, chama atenção ao “fato de a recusa do registro da inatividade ocorrer depois de passados quase seis anos da sua unilateral concessão administrativa”.

Nesse sentido, entende que a situação merece análise mais detalha, uma vez que a fruição da aposentadoria por tempo prolongado confere certa estabilidade ao ato pendente de análise do TCU, “ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade (que outros designam por proteção da confiança dos administrados)”.

Salienta ser até intuitivo que a manifestação da Corte de Contas se formalize em tempo que não desborde as pautas elementares da razoabilidade. Utiliza como argumento o direito constitucional à razoável duração do processo¹⁰¹ e afirma que importa verificar se não existe uma espécie de tempo médio que resuma objetivamente o critério da razoabilidade.

Nesse contexto, atenta para o prazo prescricional da Lei de Ação Popular (artigo 6º, §3º da Lei nº 4.717/65) de 5 anos para pretensões invalidantes da Administração Pública para concluir que se assim é com a pretensão anulatória de qualquer um do povo, não deveria ser diferente para o Poder Público.

Ademais, destaca os prazos prescricionais quinquenais de diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro como o da Lei de Processo Administrativo (artigo 54 da Lei 9.784/99), do Código Tributário Nacional (artigos 173 e 174), artigo 19 do ADCT e artigos 183 e 7º, XXIX da Constituição Federal,

¹⁰¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

sustentando que este seria o desejado critério a preencher a razoabilidade. Assim, conclui que

Bem vistas as coisas, então, já se percebe que esse referencial de 5 anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Isto na acepção de que, ainda não alcançada a consumação do interregno quinquenal, não é de se convocar os particulares para participar do processo do seu interesse. Contudo, transcorrido *in albis* esse período, ou seja, quedando silente a Corte de Contas por todo o lapso quinquenal, tenho como presente o direito líquido e certo do interessado para figurar nesse tipo de relação jurídica, exatamente para o efeito do desfrute das garantias do contraditório e da ampla defesa

Conclui pela concessão parcial da segurança para anular a decisão do Tribunal de Contas da União e determinar que se assegure o contraditório e a ampla defesa ao impetrante, uma vez que a decisão da Corte de Contas se deu mais de 5 anos após a concessão por parte da Administração. Foi acompanhado pelos Ministros Carmem Lúcia, Ricardo Lewandovski, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes se manifestou por meio de voto-vista, realçando a jurisprudência já estabelecida pela Corte quanto a aplicabilidade de contraditório e ampla defesa nos casos de reexame de ato já registrado pelo Tribunal de Contas e da não aplicabilidade na análise de legalidade inicial.

Afirma que após refletir, entende como acertada a proposta do Ministro Relator. Muito embora a natureza jurídica do ato (complexo) faça com que o interessado só adquira o direito de ser notificado após o perfazimento na Corte de Contas, reconhece que muitas vezes o lapso temporal transcorrido entre as manifestações de vontade dos órgãos administrativos para a formação do ato pode criar situações jurídicas dotadas de estabilidade e presunção de legalidade e legitimidade, uma vez que amparadas em decisão do próprio Poder Público.

A esse respeito, frisa que não se trata de estabelecer prazo para o aperfeiçoamento do ato. Em verdade, o transcurso do prazo de cinco anos faz surgir para o servidor público aposentado o direito subjetivo de ser notificado de todos os atos administrativos de conteúdo decisório e, dessa forma, manifestar-se no processo e ter seus argumentos devidamente apreciados pelo Tribunal de Contas.

Esta foi a tese vencedora na ocasião, tendo sido vencidos os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, que concediam a segurança em maior extensão, e os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, que a denegavam.

O Ministro Cezar Peluso propôs revisão ao enunciado, sustentando entendimento de que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deveriam ser observados desde o início da análise de legalidade por parte do Tribunal de Contas ante a peculiaridade do ato.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio não acatou a tese por entender que o estabelecimento de um prazo comum de cinco anos significaria exercício de atividade legislativa por parte da Corte ante a ausência de determinação legal expressa nesse sentido. Ademais, apresenta preocupação com a mutação interpretativa que a tese traria à Súmula Vinculante nº 3.

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie votaram pela aplicação literal do enunciado vinculante ao caso posto, aduzindo clara preocupação ao desvirtuamento do entendimento já estabelecido e sumulado pela Corte¹⁰².

Do exposto, é possível perceber mitigação do entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 3. Nos precedentes que acarretaram na formação do enunciado, restou evidente a adoção da tese de separação entre análise inicial da concessão e reexame da decisão para verificar a necessidade de observância de contraditório e ampla defesa.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu como mais acertada a tese de limitar o lapso temporal de possibilidade de reversão da situação jurídica criada já com o ato da Administração, a fim de sanar as impropriedades decorrentes da falta de incidência das garantias constitucionais nas decisões do Tribunal de Contas da União acerca de aposentadorias, reformas e pensões.

Este é, pois, o entendimento aplicado pela Corte atualmente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. EXAME. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. LEI

¹⁰² Conforme se lê no voto da Ministra, “Por haver, desde há muito, batalhado pela introdução do saudável princípio do respeito aos precedentes da Corte, preocupo-me com manifestações titubeantes em relação a súmulas já editadas, bem como o açodamento em sumular matérias ou formulações ainda não suficientemente amadurecidas. Por isso faço apelo à Corte no sentido da adoção da necessária cautela em relação à segurança jurídica, que o novo instituto objetivou assegurar. O manejo inábil do instituto poderá levar a seu descrédito e produzir consequências indesejáveis para a ordem jurídica do país, sobre a qual repousa seu desenvolvimento”.

9.030/95. APLICABILIDADE A OPTANTE PELA REMUNERAÇÃO DE CARGO EFETIVO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA DETERMINAR A REABERTURA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Nos termos da jurisprudência do STF, o ato de concessão de aposentadoria é complexo, aperfeiçoando-se somente após a sua apreciação pelo Tribunal de Contas da União, sendo, desta forma, inaplicável o art. 54, da Lei nº 9.784/1999, para os casos em que o TCU examina a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. 2. Inexiste afronta ao princípio do contraditório e da segurança jurídica quando a análise do ato de concessão de aposentadoria, pensão ou reforma for realizada pelo TCU dentro do prazo de cinco anos, contados da entrada do processo administrativo na Corte de Contas.

(MS 31704, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 19/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 13-05-2016 PUBLIC 16-05-2016)

Ementa: Direito administrativo e constitucional. Agravo regimental em mandado de segurança. Registro de aposentadoria. TCU. Alegação de decadência do direito de revisão e de violação ao contraditório e à ampla defesa. Imposição de multa.

[...]

5. Somente a partir do julgamento dos MSs 25.116 e 25.403, o Supremo Tribunal Federal, em homenagem aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, mitigou esse entendimento, apenas para o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa quando ultrapassados mais de cinco anos entre a chegada do processo no TCU e a decisão da Corte de Contas. Este precedente foi publicado em 10.02.2011, sendo, portanto, superveniente à decisão do TCU sobre o benefício do ora agravante. De todo modo, no caso não transcorreram 5 (cinco) anos entre a entrada do processo no TCU, em 14.11.2003 (fls. 88), e o seu julgamento, em 14.02.2006 (decisão publicada no DOU de 17.02.2006).

[...]

(MS 26069 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 10-03-2017 PUBLIC 13-03-2017)

Ademais, destaca-se que em recente julgado o TCU fixou o mesmo prazo quinquenal para a possibilidade de reanálise de ato já registrado na Corte sob pena de preclusão. A tese foi elaborada com base na já citada Súmula nº 278¹⁰³ da Corte:

APOSENTADORIA. ATO CONSIDERADO ILEGAL POR MEIO DO ACÓRDÃO 12.775/2016-TCU-2ª CÂMARA, EM RAZÃO DA AVERBAÇÃO DE TEMPO NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA SEM COMPROVAÇÃO DOS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, ENTRE OUTROS, EM PROL DO INTERESSADO. PRECLUSÃO, PARA O TCU, PARA VERIFICAR EM ATO RETIFICADOR SUBMETIDO A REGISTRO, IRREGULARIDADE PRESENTE E NÃO IDENTIFICADA EM

¹⁰³ SÚMULA Nº 278 - Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

ATO ANTERIOR APRECIADO PELA ILEGALIDADE APÓS CINCO ANOS DA DECISÃO QUE NEGOU REGISTRO. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS PARA CONSIDERAR LEGAL A CONCESSÃO [...]

III. O TCU, ao recusar o registro de ato de concessão de aposentadoria deve exaurir, na referida análise, as eventuais irregularidades que a concessão submetida a registro apresente, sob pena de preclusão da matéria após cinco anos da decisão que julgar ilegal a concessão, caro a irregularidade presente e não identificada no primeiro ato, novamente seja submetida a análise do TCU por meio de ato retificador do primeiro”.

(TCU - APOSENTADORIA (APOS): 01270320168, Relator: VITAL DO RÊGO, Data de Julgamento: 08/08/2017, Segunda Câmara)

Traçadas as linhas de argumentação utilizadas para formação da Súmula Vinculante em análise, bem como exposta a aplicação atual da mesma, resta evidente que foi estabelecido verdadeiro regime processual especial ao processamento de aposentadorias, reformas e pensões no âmbito do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, em observância ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Representação¹⁰⁴ formulada pela Consultoria Jurídica do próprio Tribunal, o seguinte:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA CONSULTORIA JURÍDICA DO TCU. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE A CORTE DE CONTAS ASSEGURAR A OPORTUNIDADE DO USO DE TAIS DIREITOS POR PARTE DOS INTERESSADOS, DADO O TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS, QUANDO DA APRECIAÇÃO, PARA FINS DE REGISTRO, DA LEGALIDADE DE ATOS DE PESSOAL. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA MATÉRIA. DEFINIÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VISANDO À MODIFICAÇÃO DE ROTINAS PARA O EXERCÍCIO DESSA COMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.

Este é o entendimento extraído também de recentes julgados da Corte:

[...]

b) o TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, de reforma e de pensão, deve assegurar aos beneficiários a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação, cujo termo inicial passa a contar do registro da concessão pelo TCU. Constata-se que a aposentadoria em análise passou a vigor a partir de 19/8/2003, sendo disponibilizada ao TCU em 4/11/2010 (Formulário SisacNet à Peça 7), tendo sido julgada sua ilegalidade em 14/11/2013, cujo interstício é inferior ao lapso quinquenal aludido¹⁰⁵;

¹⁰⁴ TCU 02154320100, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 16/03/2011.

¹⁰⁵ TCU 02262120130, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 17/03/2015. A título exemplificativo, no mesmo sentido os julgados: TCU 03298020124, Relator: ANA ARRAES, Data de

[...]

Observa-se, portanto, que o argumento de que a manifestação da Corte consiste em mera exigência para perfazimento do ato administrativo complexo, fez com que fossem afastadas concretamente a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na análise inicial das concessões.

5 – CONCLUSÃO

Este trabalho iniciou-se com a tentativa de localização do Tribunal de Contas da União na teoria do controle, da qual resultou a conclusão de que este órgão compõe o controle parlamentar. É órgão que auxilia o Legislativo no exercício da competência de controladoria externa, realizando fiscalização majoritariamente posterior sobre os atos administrativos.

Conforme a teoria do ato administrativo, a atividade estatal deve ser realizada de acordo com parâmetros fixados em lei, por manifestação anterior ao resultado concreto, com fins a assegurar os direitos dos particulares.

Nesse contexto, destacamos que o ato de pessoal consiste em ato administrativo, porquanto consista em manifestação de vontade da Administração no exercício de função administrativa e se destine a produzir efeitos na esfera jurídica do servidor interessado.

Em relação a estes atos, o Tribunal de Contas da União realiza sua competência constitucional por meio do reexame do ato tomado pela Administração Pública, a fim de aferir-lhe a legalidade. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial há muito existente refere-se à natureza desta atividade de reexame e a possibilidade de participação do interessado na tomada de decisões.

O primeiro ponto a ser destacado é o fato de que o Tribunal de Contas da União não exerce atividade jurisdicional, seja pela sua natureza de órgão de controle parlamentar externo, seja pela adoção do sistema de jurisdição una no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda assim, denota-se que o rito que viabiliza o exercício de controle da Corte consiste em processo, uma vez que existe um conjunto de mecanismos previamente estabelecidos na legislação e que devem ser seguidos para a atividade de fiscalização.

Disso decorre que os processos que correm no Tribunal de Contas devem observar, a semelhança do que ocorre no processo judicial, as garantias referentes ao devido processo legal, sobretudo o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, isto não se aplica aos atos de pessoal. Destacamos no trabalho que, de fato, estes atos dependem da análise de legalidade e do registro pela Corte de Contas para serem dotados de eficácia plena. No entanto, a soma das

manifestações de vontade do órgão administrativo emissor do ato e a outra referente a chancela de legalidade do TCU caracterizaria o ato como composto ou complexo?

É neste ponto especificamente que se desenrola a discussão foco deste estudo. Não só o Supremo Tribunal Federal, mas também o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Tribunal de Contas já consolidaram entendimento de que, em se tratando de ato de aposentadoria, reforma e pensão¹⁰⁶, estamos diante de atos administrativos complexos.

Dessa concepção surgem duas conclusões: a primeira é a de que a análise das concessões não consiste em processo, porquanto não caracterize sequencia procedimental. Por meio deste exame, o Tribunal de Contas apenas realiza exteriorização de vontade exigida ao aperfeiçoamento do ato. Dessa forma, a relação jurídica envolve apenas a Administração e o Tribunal de Contas, de forma que não há que se cogitar da participação do interessado.

A segunda é a de que antes do registro no Tribunal, não há qualquer direito sendo discutido, motivo pelo qual se reforça a desnecessidade de participação do servidor ou do beneficiário. A participação do interessado está, conforme previsão legislativa e regimental da Corte, adstrita a fase de recurso, a ser exercida por meio de pedido de reexame.

Esta foi a tese que embasou a edição da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, realizou-se divisão entre duas situações que poderiam ocorrer nos julgamentos da Corte de Contas e ensejar, ou não, a participação dos interessados.

Nesse sentido, estabeleceu-se que na primeira análise de legalidade feita pelo TCU não se fazem necessárias as garantias de contraditório e ampla defesa, uma vez que neste momento o ato administrativo de aposentadoria, reforma ou pensão sequer se aperfeiçoou.

No entanto, nos casos em que o Tribunal já tenha chancelado a legalidade do ato e posteriormente, em sede de reanálise que venha a modificar sua própria decisão faz-se necessária a garantia de participação do servidor ou beneficiário, vez que o ato se completou e o direito se incorporou a sua esfera jurídica.

¹⁰⁶ Quanto aos atos de admissão vimos que, a semelhança das aposentadorias compulsórias, vigora entendimento no sentido de que consistem em atos compostos e não complexos, sob o argumento de que todos os requisitos necessários já estariam implementados pela própria Administração no momento de sua prática.

Posteriormente, a partir de novas demandas que foram se apresentando ao STF, a Corte decidiu por efetuar modulação dos efeitos da Súmula e passou a sustentar a tese de que passados cinco anos do recebimento do ato pelo TCU deveria o órgão garantir a participação do interessado, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

De outro lado, a tese majoritariamente aceita pela doutrina vai de encontro ao que estabelece a Súmula. Isso porquê, conforma destacamos no trabalho, tem-se defendido que os atos de concessão consistem em atos administrativos compostos, e não complexos.

Disso resultaria que a análise empreendida pelo Tribunal de Contas da União, assim como já ocorre no exercício das demais competências, consista em simples controle *a posteriori* de regularidade, de forma que deva ser feita sob observância dos princípios constitucionais processuais.

Esta tese tem ganhado espaço também jurisprudencialmente. Durante a exposição, destacamos precedente do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷ nesse sentido. Observamos também que durante o julgamento do caso que levou a modulação dos efeitos do enunciado vinculante em análise¹⁰⁸, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal atentaram para os avanços doutrinários e a preocupação com a modificação de direitos que acarreta a análise do Tribunal de Contas da União.

O Relator dos autos, Ministro Carlos Ayres Britto, afirma inclusive que durante a apreciação do feito se convenceu de que as concessões se tratam, em verdade, de atos administrativos compostos e, nesse sentido, afirma que:

A serventia do registro do Tribunal de Contas parece-me clara. É a seguinte: conferir ao servidor aposentado, registrado pelo Tribunal de Contas, o direito de crédito contra a Fazenda Pública permanentemente. Até então ele não tem esse direito de crédito permanentemente. Ele passa a ter um direito de crédito permanente contra a Fazenda Pública após o registro pelo Tribunal de Contas; mas o ato já ficou aperfeiçoado.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Cesar Peluso, para quem mesmo que se conceba o ato de concessão como ato complexo e precário, uma vez que provisório no sentido formal, este é ato atípico. Sustentou o jurista que não se pode

¹⁰⁷ STJ - AgRg nos EREsp: 1047524 SC 2009/0243307-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/05/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2014.

¹⁰⁸ MS 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107.

negar que a natureza alimentar do benefício em discussão, de forma que o implemento do ato pela Administração já faz com que se incorpore ao *modus vivendi* do pensionista.

Desta forma, conclui que “considerada a peculiaridade do ato – de eficácia imediata -, em que, para lhes subtrair ou diminuir as vantagens, se impõe a possibilidade de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, desde logo”.

Demonstrada a controvérsia a respeito do contraditório e da ampla defesa nos processos de análise de pessoal perante o Tribunal de Contas da União, a conclusão a que se chega é que mesmo com a edição da Súmula Vinculante nº 3, o tema permanece em aberto. No entanto, ainda assim resta evidenciada a crescente preocupação jurisprudencial e doutrinária no sentido de proteção do servidor que, em última análise, é o sujeito mais interessado no deslinde da questão.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. **Revista TCEMG**, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>>

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades: 2016**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2017.

CALDAS FURTADO, J. R. Processo e eficácia das decisões do Tribunal de Contas. **Revista Controle: doutrina e artigos**. Fortaleza, v. 12, n. 1, jun. 2014, p. 30-31

COSTA, Antonio França da. **Controle de legítima do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil**. 2015. 188f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador. 2015.

COSTA, Luiz Bernardo Dias Costas. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

BOTELHO, Milton Mendes. **Manual de controle interno: teoria & prática**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, DF, maio/ago 2008

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. In ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. **Revista TCEMG**, Minas Gerais, Out/Nov/Dez 2013, Disponível em:

<<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2286.pdf>> Acesso em: 09 set. 2017. p. 134.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo. Método, 2015.

LINHARES, Rosângela Teresinha Camargo. O Exame dos Atos de Pessoal pelos Tribunais de Contas. 2008. 62f. Dissertação (Especialização) – Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena, Porto Alegre, 2008

MAFFINI, Rafael de Cás. Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 4, n. 7, out. 2014. ISSN 2317-8558.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007

NAGEL, José. O controle, a estrutura e o funcionamento do TCU. **Revista do TCU**, Brasília, DF, v. 31, nº 83. Jan/mar 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo: 3 ed. Atualizada e Revista**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo. Atlas: 2009.

OLIVEIRA, Pedro Ivo Melo de. **Controle Interno da Administrativo Pública Instrumento de Proteção ao Erário**. 2011. 109 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos Atos Administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 209, jul/set. 1997

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas**. Disponível em <http://mpc.ba.gov.br/m/wp-content/uploads/2014/12/OMPJUNTOAOSTRIBUNAIS.pdf> acesso em 29/08>.